

تأليف

علي حيدر

الرئيس الأول لمحكمة التمييز
وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية
ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة

تعريب

المحامي فهمي الحسيني

المجلد الأول

البيوع

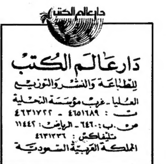
الإجارة

الكفالة

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض

طبعة خاصة

١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م



طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة منه

دار الجيل

بيروت

مقدمة المعرب

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه اجمعين أما بعد

فقد رأت الدولة العثمانية ان الحاجةماسة لوضع قانون مدني منتزع من فقه السادة الحنفية لتنجو محاكمها من الارتباك والاختلاف الناشئين عن الأقوال المختلفة في كتب فقه الحنفية فانتقت طائفة من جلة العلماء ومبرزي الفقهاء في ذلك العصر لتضع هذا القانون وتقوم بذلك العمل الكبير وقد رأس هذه الجماعة من العلماء أحمد جودت باشا العالم الشهير ووزير العدلية يومئذٍ فقامت تلك الجماعة بما انتدبت له أحسن قيام ووضعت مجلة الأحكام العدلية بعد بحث طويل وجهد شديد وكانت هذه المجلة أعظم آثار الدولة العثمانية منذ نشأتها وقد شمر كثير من علماء الترك لشرح هذه المجلة كعاطف بك ورشيد باشا وجودت باشا فلم يتيسر لهم ذلك لاحتياج ذلك إلى علم غزير وتجربة واسعة وتبحر في الفقه الإسلامي وإطلاع واسع على الكتب إلى أن قام نابغة الفقهاء وفخر القضاة والعلماء في هذا العصر علي حيدر افندي مدرس المجلة في كلية الحقوق في الأستانة ورئيس محكمة التمييز وأمين الفتيا ووزير العدلية السابق في الدولة العثمانية وأخذ على عاتقه هذا العمل فشرح هذا القانون شرحاً وافياً يغني عن الرجوع إلى غيره ويفر زمن مقتنيه ويطرح مؤونة البحث والتنقيب في مطولات الكتب عن قارئيه ويفتح المغلقات ويجلو الغامضات ويحل المعضلات ويزيل الابهام وينير الافهام ويبدد الأوهام ولم يكد ينجز هذا الشرح حتى تسارع القضاة والفقهاء والمحامون إلى اقتنائه وتنافسوا في إحرازه وعولوا في معضلات القضايا عليه ونزعوا في مدلهمات المسائل إليه وكان لهم عمدة وبه غنية كما أن الدولة

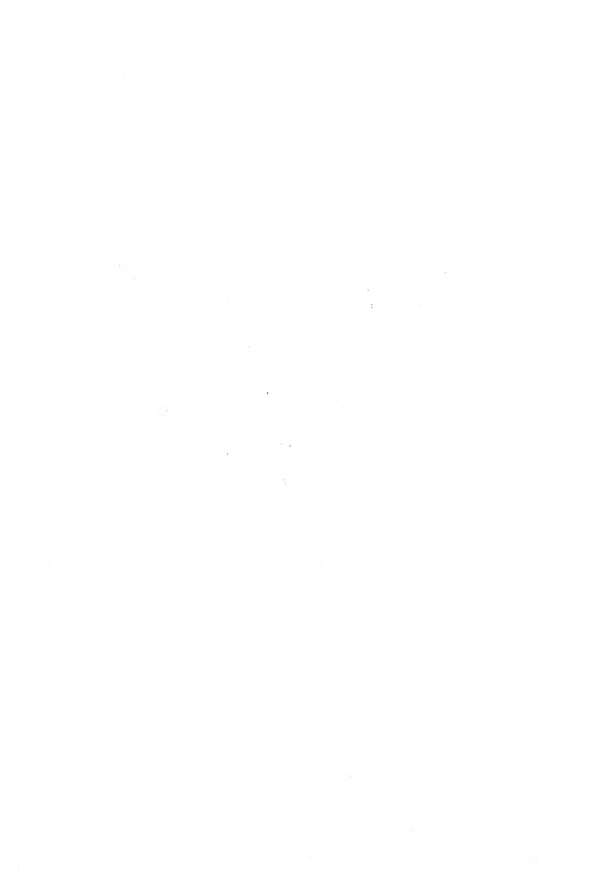
العثمانية أوجبت درسه في مدرسة الحقوق ولم يمض على طبعته الأولى إلّا يسير زمن حتى نفدت فأعيد طبعه ثانية فنفد أيضاً فأعيد ثالثة وقد كسد بعد هذا الشرح غيره من شروح العلماء وجر على سواه أذيال العفاء وبطل العمل بما عداه حتى شرح أحمد جودت باشا رئيس جماعة العلماء التي وضعت المجلة ولم يبلغ شرح علي حيدر افندي عند الناس هذه الحظوة بغير حق بل هو جدير بما بلغ حقيق بما نال فإن مؤلفه علي حيدر أفندي من فطاحل هذا العصر وافذاذ هذا الدهر الذين قلما يجود الزمان بمثلهم وهو من اعلام علماء الاسلام في هذا الزمان وأبو حنيفة هذا الأوان.

ولما كان هذا الشرح بتلك المنزلة التي وصفنا وعلى هذا الفضل الذي ذكرنا رأينا أن من التفريط أن تحرم منه اللغة العربية ومما لا يغتفر لمحسني اللغة التركية من العرب أن يقعدوا عن ترجمته ونقله، تحركت فينا الهمة ودفعتنا الغيرة إلى القيام بهذا الغرض وتعريب هذا الشرح فخضنا لججه وركبنا ثبجه متوكلين على الله مستعينين به فقمنا بذلك وها نحن أولاء نقدمه إلى أبناء امتنا العربية بعد أن سبرنا غورهم بما كنا ننشره منه في مجلتنا من النبذ فآنسنا منهم القبول لهذا الشرح والتعطش إلى ورود شرعته وتواردت علينا الطلبات من أنحاء شتى أن نضعه على حدة ونسرع بطبعه وإخراجه للناس ولما كان طبعه يحتاج إلى مال كثير ونفقة كبيرة ومؤونة عظيمة وأعباء ثقيلة لا طاقة لنا بها ولا يد لنا بحملها على كثرة الشواغل ووفرة الأعمال والعوائق كدنا نحجم عن القيام بطبعه لولا أن الله قيض لنا حضرة الأديب الفاضل السيد رشيد الحاج ابراهيم والصحافي القدير السيد كمال عباس صاحب جريدة الحقيقة فآزراني في انجاز هذا المشروع واخذا على عهدتهما طبع الكتاب على نفقتي ونفقتهما وتعهدا بنشره وإخراجه للناس مما يحملني على التنويه بفضلهما والإفصاح عن شكرهما على هذه المعونة الجليلة التي لولاها لتأخر نشر هذا الكتاب زمناً طويلاً وإني أرى ان من الواجب عليَّ في هذا المقام أن انوه بمساعي مساعدي الفاضلين حضرة الأستاذ الشيخ عبدالله افندي القلقيلي وحضرة الأديب فوزي افندي الدجاني ركني تحرير مجلة الحقوق اللذين كانا العون الأكبر لي على القيام بهذا العمل فهما يساهمانني الفخر به بل يعود عليهما الفضل

الأكبر في مشاطرتها لي في القيام بهذا العبء الذي ينوء به أكبر الهمم.

وقبل أن نختم مقدمتنا هذه نرى من الواجب أن نزيد القراء علماً بمؤلف هذا الكتاب فهو لم يكن كبيراً في علمه فحسب بل كبيراً في خلقه وشيمه كبيراً في جرأته الأدبية وعفته ونزاهته واستقامته في القضاء فلم يستطع تقلب الزمان في تركيا أن يلين قناته ويزحزحه عما كان عليه من العدل وإقامة الحق ولم يكن امعّة يدور مع الزمان ويتضعضع لريب الدهر ويستذل للقوي ويستأثر لذي السلطان فهو رجل الأخلاق والاستقامة والشجاعة وسمو المبادئ ولا يذكر اسم علي حيدر أفندي في تركيا إلّا مقروناً بالاجلال والمحبة فنحن نحيي الأستاذ الجليل على بعد وندعو الله أن يطيل عمره وأن يزيد في الشرق في أمثاله من العلماء العاملين ذوي الأخلاق الشريفة والهمم الكبيرة وما توفيقي إلّا بالله

المحامي
فهمي الحسيني



مقدمة الشارح

بسم الله الرحمن الرحيم

درر الحكام شرح مجلة الأحكام

الحمد لله حمد المتشرعين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد المرسلين وعلى آله وأصحابه أجمعين.

من المعلوم عند علماء الحقوق ان علم الفقه الجليل بحر لا ساحل له، وان استنباط غرر المسائل اللازمة منه يتوقف على مهارة فائقة وملكة راسخة، ولاسيما ان من الكتب الفقهية الجليلة المصنفة في مذهب الحنفية اختلافات كثيرة فتلخيص الأقوال المختارة منها وذكر الأدلة ووضعها في شرح لمؤلف عظيم القدر كالمجلة من الأمور الصعبة التي تحتاج إلى بحث واستقصاء وإني على قلة بضاعتي قد بذلت الجهد على قدر الاستطاعة وقد ساعدني على ذلك اشتغالي بعلم الفقه أثناء تقلبي لمناصب شرعية فلذلك امكنني أن انتخب والتقط كثيراً من درر المسائل واضعها في شرح لمواد المجلة وقد سميت هذا الشرح (درر الحكام شرح مجلة الأحكام) ولا يخفى أن المجلة قد انتزعت من الفقه ولذلك ينبغي أن يكون الشرح الذي يوضع لها ملتقطاً من الكتب الفقهية المرضية كما أنه يجب أن يكون موافقاً للأقوال التي اختارتها المجلة وإلّا فتأليف شرح المجلة بالرأي الخاص المستند إلى العقل كما فعل البعض فليس له قيمة بل يعود ذلك بالضرر وهذا الشرح الذي وضعته قد تصفحه علماء وفقهاء في دائرة الفتيا الإسلامية العالية ووافقوا على أنه مطابق للشرع الشريف وهذا شرف لم يحزه سوى هذا الشرح

فإنه لا شرح سواه صدقت عليه دائرة الفتيا العالية جامعاً لشرح مواد المجلة كلها ومن الله التوفيق. وها أنا أشرع في المقصود متوكلاً على الرب المعبود مـريداً للاصلاح قاصد الايضاح سائلاً منه الهداية والعناية ومبتهلاً إليه بالوقاية في البداية والنهاية إليه تبت وبه اعتصمت.

ونوضح هنا الأسباب التي أوجبت وضع المجلة بإثبات تقرير اللجنة العلمية التي انتخبت خصيصاً لوضعها وهو كما يأتي:

صورة التقرير

الذي تقدم للمرحوم عالي باشا الصدر الأعظم

فيما يتعلق بالمجلة وذلك في غرة محرم سنة ١٢٨٦

لا يخفى على حضرة الصدر العالي ان الجهة التي تتعلق بأمر الدنيا من علم الفقه تنقسم إلى مناكحات ومعاملات وعقوبات كذلك القوانين السياسية للأمم المتمدينة تنقسم إلى هذه الأقسام الثلاثة ويسمى قسم المعاملات منها القانون المدني. لكنه لما زاد اتساع المعاملات التجارية في هذه الأعصار مست الحاجة إلى استثناء كثير من المعاملات كالسفتجة التي يسمونها حوالة (وفي الأصل بولجة) وكأحكام الافلاس وغيرهما من القانون الأصلي المدني ووضع لهذه المستثنيات قانون مخصوص يسمى قانون التجارة وعمل به في الخصوصيات التجارية فقط. وأما سائر الجهات فما زالت أحكامها تجري على القانون المدني ومع ذلك فالدعاوى التي ترى في محاكم التجارة إذا ظهر شيء من متفرعاتها ليس له حكم في قانون التجارة مثل الرهن والكفالة يرجع فيه إلى القانون الأصلي وكيفما وجد مسطوراً فيه يجري الحكم على مقتضاه وكذا في دعاوى الحقوق العادية الناشئة عن الجرائم تجري المعاملة بها على هذا المنوال أيضاً.

وقد وضعت الدولة العلية قديماً وحديثاً قوانين كثيرة تقابل القانون المدني وهي وإن لم تكن كافية لبيان جميع المعاملات وفصلها إلاّ أن المسائل المتعلقة بقسم المعاملات من علم الفقه هي كافية وافية للاحتياجات الواقعة في هذا الخصوص ولعلها يرى بعض مشكلات في تحويل الدعاوى إلى الشرع والقانون، غير إن مجالس تمييز الحقوق لما كانت تحت رئاسة حكام الشرع الشريف وكانت الدعاوى الشرعية ترى وتفصل لديهم، كانت المواد النظامية التي تحال إلى تلك المجالس ترى وتفصل بمعرفتهم أيضاً وبذلك يجري حل تلك المشكلات لأن أصل القوانين والنظامات الملكية مرجعها علم الفقه وكثير من الخصوصيات المتفرعة والأمور التي ينظر فيها بمقتضى النظام يفصل ويحسم على وفق المسائل الفقهية والحال إن أعضاء مجالس تمييز الحقوق لا اطلاع لهم على مسائل الفقه فإذا حكمت حكام الشرع الشريف في تلك الفروع بمقتضى الأحكام الشرعية ظنّ الأعضاء أنهم يفعلون ما يشاءون خارجاً عن النظامات والقوانين الموضوعة وأساءوا بهم الظن مما يؤدي إلى القيل والقال.

ثم أن قانون التجارة الهمايوني هو دستور العمل في محاكم التجارة الموجودة في ممالك الدولة العلية وأما الخصوصيات المتفرعة عن الدعاوى التجارية التي لا حكم لها في قانون التجارة فيحصل

بها مشكلات عظيمة لأنها إذا صارت المراجعة في مثل هذه الخصوصات إلى قوانين اوروبا وهي ليست موضوعة بالإرادة السنية لا تكون مدار الحكم في محاكم الدولة العلية. وإذا أحيل فصل تلك المشكلات إلى الشريعة الغراء فالمحاكم الشرعية تصبح مجبرة على استئناف المرافعة في تلك الدعوى حينئذٍ فالحكم على قضية واحدة في محكمتين كل منها تغاير الأخرى في أصول المحاكم ينشأ عنه بالطبع تشعب ومباينة ففي مثل هذه الأحوال لا يمكن محاكم التجارة مراجعة المحاكم الشرعية وإذا قيل لأعضاء محاكم التجارة أن يراجعوا الكتب الفقهية فهذا أيضاً لا يمكن لأن هؤلاء الأعضاء على حد سواء مع أعضاء مجالس محاكم تمييز الحقوق في الاطلاع على المسائل الفقهية ولا يخفى أن علم الفقه بحر لا ساحل له واستنباط درر المسائل اللازمة منه لحل المشكلات يتوقف على مهارة علمية وملكة كلية وعلى الخصوص مذهب السادة الحنفية لأنه قام فيه مجتهدون كثيرون متفاوتون في الطبقة ووقع فيه اختلافات كثيرة ومع ذلك فلم يحصل فيه تنقيح كما حصل في فقه الشافعية بل لم تزل مسائله اشتاتاً متشعبة فتمييز القول الصحيح بين تلك المسائل والأقوال المختلفة وتطبيق الحوادث عليها عسير جداً وما عدا ذلك فإنه بتبدل الأعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف مثلاً: كان عند المتقدمين من الفقهاء إذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بدّ من رؤية كل بيت منها على حدته. وليس هذا الاختلاف مستنداً إلى دليل بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الإنشاء والبناء وذلك إن العادة قديماً في إنشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية على طراز واحد فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغني عن رؤية سائرها وأما في هذا العصر فلأن العادة جرت بأن تكون الدار الواحدة مختلفة في الشكل والقدر لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد وفي الحقيقة فاللازم في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية وإنما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمان فقط وتفريق الاختلاف الزماني والاختلاف البرهاني الواقع هنا وتمييزهما محوج إلى زيادة التدقيق وإمعان النظر فلا جرم إن الاحاطة بالمسائل الفقهية وبلوغ النهاية في معرفتها أمر صعب جداً ولذا انتدبت طائفة من فقهاء العصر وفضلائه لتأليف كتب مطولة مثل كتاب الفتاوى والتاتارخانية والعالمكيرية المشهورة الآن بالفتاوى الهندية ومع ذلك فلم يقدروا على حصر جميع الفروع الفقهية والاختلافات المذهبية وفي الواقع إن كتب الفتاوى هي عبارة عن مؤلفات حاوية لصور ما حصل تطبيقه من الحوادث على القواعد الفقهية وافتت به الفتاوى فيما مرّ من الزمان ولا شك إن الإحاطة بجميع الفتاوي التي افتى بها علماء السادة الحنفية في العصور الماضية عسر للغاية ولهذا جمع ابن نجيم رحمه الله تعالى كثيراً من القواعد الفقهية والمسائل الكلية المندرج تحتها فروع الفقه ففتح بذلك باباً يسهل التوصل منه إلى الإحاطة بالمسائل ولكن لم يسمح الزمان بعده بعالم فقيه يحذو حذوه حتى يجعل اثره طريقاً واسعاً وأما الآن فقد ندر وجود المتبحرين في العلوم الشرعية في جميع الجهات وفضلاً عن أنه لا يمكن تعيين أعضاء في المحاكم النظامية لهم قدرة على مراجعة الكتب الفقهية وقت الحاجة لحل الاشكالات فقد صار من الصعب أيضاً وجود قضاة كافية للمحاكم الشرعية في الممالك المحروسة.

بناء على ذلك لم يزل الأمل معلقاً بتأليف كتاب في المعاملات الفقهية يكون مضبوطاً سهل المأخذ عارياً من الاختلافات حاوياً للأقوال المختارة سهل المطالعة على كل أحد لأنه إذا وجد كتاب على هذا الشكل حصل منه فائدة عظيمة عامة لكل من نواب الشرع ومن أعضاء المحاكم النظامية والمأمورين بالإدارة فيحصل لهم بمطالعته انتساب إلى الشرع وتتكون عندهم ملكة بحسب الوسع تمكنهم من التوفيق ما بين الدعاوي والشرع الشريف فيصبح هذا الكتاب معتبراً مرعي الإجراء في المحاكم الشرعية مغنياً عن وضع قانون لدعاوي الحقوق التي ترى في المحاكم النظامية ومن أجل الحصول على هذا المأمول عقدت سابقاً جمعية علمية في إدارة مجلس التنظيمات وحرر حينئذٍ كثير من المسائل ولكن لم تبرز إلى حيز الفعل فصدق مضمون قولهم أن الأمور مرهونة لأوقاتها حتى شاء الله تعالى بروزها في هذا العصر الهمايوني الذي تغبطه جميع الأعصار بظهور مثل هذه الآثار الخيرية المهمة. ولحصول هذا الأمر قد عهد إلينا مع ضعفنا وعجزنا اتمام هذا المشروع الجليل لتحصل به الكفاية في تطبيق المعاملات الجارية على القواعد الفقهية على حسب احتياجات العصر.

وبموجب الإرادة العلية اجتمعنا في دائرة ديوان الأحكام وبادرنا إلى ترتيب مجلة مؤلفة من المسائل والأمور الكثيرة الوقوع اللازمة جداً من قسم المعاملات الفقهية مجموعة من أقوال السادة الحنفية الموثوق بها وقسمت إلى كتب متعددة وسميت «بالأحكام العدلية» وبعد ختام المقدمة والكتاب الأول منها اعطيت نسخة منها لمقام مشيخة الإسلام الجليلة ونسخ أخرى لمن له مهارة ومعرفة كافية في علم الفقه من الذوات الفخام ثم بعد إجراء ما لزم من التهذيب والتعديل فيها بناء على بعض ملاحظات منهم حررت منها نسخة وعرضت على حضرتكم العلية والآن بادرنا إلى ترجمة هذه المقدمة والكتاب إلى اللغة العربية وما زال الاهتمام مصروفاً إلى تأليف باقي الكتب أيضاً فلدى مطالعتكم هذه المجلة يحيط علمكم الواسع بأن المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى. فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إلّا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل فمن اطلع عليها من المطالعين يضبطون المسائل بأدلتها وسائر المأمورين يرجعون إليها في كل خصوص وبهذه القواعد يمكن للانسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف أو في الأقل التقريب. وبناء على ذلك لم نكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب أو باب بل ادرجناها في المقدمة والأكثر في الكتب الفقهية أن تذكر المسائل مخلوطة مع المبادىء لكن في هذه المجلة حرر في أول كل كتاب مقدمة تشتمل على الاصطلاحات المتعلقة بذلك الكتاب ثم تذكر بعدها المسائل البسيطة على الترتيب ولأجل إيضاح تلك المسائل الأساسية أدرج ضمنها كثير من المسائل المستخرجة من كتب الفتاوي على سبيل التمثيل.

ثم ان الأخذ والعطاء الجاري في زماننا أكثره مربوط بالشروط وفي مذهب السادة الحنفية أن الشروط الواقعة في جانب العقد اكثرها مفسد للبيع ومن ثم كان أهم المباحث في كتاب البيوع فصل البيع بالشرط وهذا الأمر أوجب مباحثات ومناظرات كثيرة في جمعية هؤلاء العاجزين ولذا رؤي مناسباً ابراد خلاصة المباحثات الجارية في ذلك على الوجه الآتي فنقول:

إن أقوال أكثر المجتهدين في حق البيع بالشرط يخالف بعضها بعضاً ففي مذهب المالكية إذا كانت المدة جزئية وفي مذهب الحنابلة على الاطلاق يكون للبائع وحده أن يشرط لنفسه منفعة مخصوصة في البيع لكن تخصيص البائع بهذا الأمر دون المشتري يرى مخالفاً للرأي والقياس أما ابن أبي ليلى وابن شبرمة ممن عاصروا الأمام الأعظم رضي الله عنه وانقرضت اتباعهم فكل منهما رأى في هذا الشأن رأياً يخالف رأي الآخر فابن أبي ليلى يرى أن البيع إذا دخله شرط أي شرط كان، فقد فسد البيع والشرط كلاهما وعند ابن شبرمة الشرط والبيع جائزان على الاطلاق فمذهب ابن أبي ليلى يرى مبايناً لحديث «المسلمون عند شروطهم» ومذهب ابن شبرمة موافق لهذا الحديث موافقة تامة لكن المتبايعين ربما يشرطان أي شرط كان جائزاً أو غير جائز قابل الإجراء أو غير قابل ومن الأمور المسلمة عند الفقهاء أن رعاية الشرط إنما تكون بقدر الإمكان فمسألة رعاية الشرط قاعدة تقبل التخصيص والاستثناء ولذا اتخذ طريق متوسط عند الحنفية وذلك أن الشرط ينقسم إلى ثلاثة أقسام. شرط جائز وشرط مفسد وشرط لغو. بيان هذا أن الشرط الذي لا يكون من مقتضيات عقد البيع ولا يؤيده وفيه نفع لأحد العاقدين مفسد والبيع المعلق به فاسد والشرط الذي لا نفع فيه لأحد العاقدين لغو والبيع المعلق به صحيح لأن المقصود من البيع والشراء التمليك والتملك أي أن يكون البائع مالكاً للثمن والمشتري مالكاً للمبيع بلا مزاحم ولا ممانع والبيع المعلق به نفع لأحد المتعاقدين يؤدي إلى المنازعة لأن المشروط له النفع يطلب حصوله والآخر يريد الفرار منه فكأن البيع لم يتم لكن بما أن العرف والعادة قاطعان للمنازعة جوز البيع مع الشرط المتعارف على الاطلاق أما المعاملات التجارية فهي من أصلها في حال مستثنى كما تقدم وأكثر ذوي الحرف والصنائع قد تعارفوا على معاملة مخصوصة تقررت بينهم والعرف الطارئ معتبر فلا يبقى ما يوجب البحث إلّا بعض شروط خارجة عن العرف والعادة تشترط في المعاملات المتفرقة في الأخذ والعطاء وليس لهذه المعاملات شأن يوجب الاعتناء بالبحث عنها فما مست الحاجة في تيسير معاملات العصر إلى اختيار قول ابن شبرمة الخارج عن مذهب الحنفية ولهذا حصل الاكتفاء بذكر الشروط التي لا تفسد البيع عند الحنفية في الفصل الرابع من الباب الأول كما وقع في سائر الفصول.

قد ذكر في المادة السابعة والتسعين بعد المائة والمادة الخامسة بعد المائتين أنه لا يصح بيع المعدوم والحال إن ما كان مثل الورد والخرشوم[١] من الأزهار والخضروات والفواكهة التي يتلاحق ظهور محصولاتها يصح فيه البيع إذا كان بعض محصولاتها ظهر وبعضها لم يظهر لأنه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن وإنما تظهر أفرادها وتتناقص شيئاً بعد شيء اصطلح الناس في التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفقة واحدة ولذا جوز محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى هذا البيع استحساناً وقال اجعل الموجود أصلاً والمعدوم تبعاً له وافتى بقوله الامام الفضلي وشمس الأئمة الحلواني وأبو بكر بن فضل رحمهم الله تعالى وبما أن ارجاع الناس عن عادتهم المعروفة عندهم غير ممكن كما أن حمل معاملتهم بحسب الامكان على الصحة اولى من

---

(١) الخرشوم هو (ارضي شوكة) وفي التركية يسمى (نكنار).

نسبتها إلى الفساد، وقع الاختيار على ترجيح قول محمد رحمه الله في هذه المسألة كما هو مندرج في المادة السابعة بعد المائتين.

وفي بيع الصبرة كل مد بكذا عند الامام الأعظم رضي الله عنه يصح البيع في مد واحد فقط وعند الصاحبين رحمهما الله تعالى يصح في جميع الصبرة فمهما بلغت الصبرة يأخذها المشتري ويدفع ثمنها بحساب المد بسعر ما جرى عليه العقد وبما أن كثيراً من الفقهاء مثل صاحب الهداية قد اختاروا قول الصاحبين في ذلك تيسيراً لمعاملات الناس حررت هذه المسألة في المادة العشرين بعد المائتين على مقتضى قولهما وأكثر مدة خيار الشرط عند الإمام رحمه الله تعالى ثلاثة أيام وعند الصاحبين تكون المدة على قدر ما شرط المتعاقدان من الأيام ولما كان قولهما هنا أيضاً اوفق للحال والمصلحة وقع عليه الاختيار وذكر بدون مدة الأيام الثلاثة في المادة الثلثمائة وهذا الخلاف جار أيضاً في خيار النقد إلّا أن عدم تقييد المدة بثلاثة أيام وصحة تقييدها بأكثر من ذلك هو قول محمد رحمه الله تعالى فقط وإنما اختير قوله في هذه المسألة أيضاً مراعاة لمصلحة الناس كما ذكر في المادة الثالثة عشرة بعد الثلثمائة.

وعند الأمام الأعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع وعند الإمام أبي يوسف رحمه الله أنه إذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي بينت وقت العقد فليس له الرجوع والحال أنه في هذا الزمن قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة وبذلك صار الاستصناع من الأمور الجارية العظيمة فتخيير المستصنع في إمضاء العقد أو فسخه يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة وبما أن الاستصناع مستند إلى التعارف ومقيس على السلم المشروع على خلاف القياس بناء على عرف الناس لزم اختيار قول أبي يوسف رحمه الله تعالى في هذا مراعاة لمصلحة الوقت كما حرر في المادة الثانية والتسعين بعد الثلثمائة من هذه المجلة.

فإذا امر امام المسلمين بتخصيص العمل بقول من المسائل المجتهد فيها تعين ووجب العمل بقوله وإذا استصوبت حضرتكم العلية هذه المعروضات المبسوطة وشحوا على المجلة الملفوفة بالخط الشريف الهمايوني والأمر لولي الأمر.

ناظر ديوان الأحكام العدلية
أحمد جودت

مفتش الأوقاف الهمايونية
السيد خليل

من أعضاء شورى الدولة
سيف الدين

من أعضاء ديوان الأحكام العدلية
السيد أحمد خلوصي

من أعضاء ديوان الأحكام العدلية
السيد أحمد حلمي

من أعضاء شورى الدولة
محمد أمين الجندي

من أعضاء الجمعية
علاء الدين بن عابدين



تمهيد

يجب على كل شارع في علم أن يعلم عشرة أمور حتى يكون منه على بصيرة وهي :

(١) اسمه (٢) تعريفه (٣) موضوعه (٤) مأخذه (٥) غايته (٦) موضوعاته
(٧) مسائله (٨) حكمه (٩) شرفه وفضيلته (١٠) نسبته

فاسم هذا العلم الفقه وتعريفه سيذكر في المادة الأولى من المجلة وأما موضوعه فليعلم أولاً أن موضوع كل علم ما يبحث فيه عن عوارضه الذاتية فموضوع علم الفقه أفعال المكلفين ثبوتاً ونفياً ولذلك ذكر الفقهاء مباحثه تحت عنوان كتاب النكاح وكتاب البيع وكتاب الهبة مثلاً فالبيع والهبة والنكاح هي عبارة عن فعل المكلف فعلى ذلك يحتاج فعل غير المكلف من موضوع علم الفقه وغير المكلف الصبي والمجنون والبهيمة ولكن إذا أتلف الصبي أو المجنون مال الغير يكون ضامناً وكذلك إذا سرح شخص بهيمته في الطريق العام يضمن صاحبها جنايتها وقد وردت هذه الأحكام في علم الفقه فكيف جاز أن يبحث علم الفقه عنها مع انها ليست من موضوعه إذ موضوعه فعل المكلف فقط والجواب إنه ليس المكلف في ذلك الصبي والمجنون والبهيمة بل وليّ الصبي والمجنون وصاحب البهيمة فيكون البحث عن ذلك في الحقيقة بحثاً عن أفعال المكلفين

مآخذ علم الفقه

مآخذ علم الفقه الكتاب أي القرآن الكريم والسنة وإجماع الأمة والقياس. فالسنة هي قول النبي صلى الله عليه وسلم وفعله وتقريره وإجماع الأمة

اتفاق العلماء المعتبرين كالصحابة الكرام على مسألة دينية والقياس الحاق شيء لم يرد حكمه بما ورد ويقال له قياس الفقهاء ومثال ذلك أنه ورد في القرآن الكريم قوله تعالى ولا تقل لهما أفٍ فنبهنا للنهي عن قول اف على النهي عن إظهار الضجر من الأبوين فاظهار الضجر محرم بالكتاب أما حرمة ضرب الأباء وشتمهم فثابتة قياساً.

وغاية علم الفقه نيل سعادة الدارين إذ أن صاحبه يكون معززاً مكرماً في دنياه منعماً في اخراه. وواضعه الإمام الأعظم. ومسائل الفقه موضوعها فعل المكلف ومحمولها أحد الأحكام الخمسة الشرعية وهي: الوجوب والندب والإباحة والحرمة والكراهة.

فالمسائل الفقهية هي عبارة عن أن هذا الفعل واجب وذلك الفعل حرام وهذا الفعل مندوب أو مباح أو مكروه وما شابه ذلك.

وحكم الفقه أنه فرض عين على كل مسلم ومسلمة فيما يتعلق بالعبادات من الأحكام ولو إجمالاً وما يتعلق بها كالبيع. واما شرفه وفضله فهو أفضل العلوم ما عدا علم الكلام والتفسير والحديث وأصول الفقه. وأحكام الفقه الحنفية قد اخذت بالسند المتصل عن الصحابة عبد الله بن مسعود. فالإمام الأعظم اخذ مذهبه عن حماد وأخذ حماد عن ابراهيم النخعي وابراهيم عن علقمة وعلقمة عن عبدالله بن مسعود وعبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم.

المقدمة

محتوية على مقالتين

المقالة الأولى

في تعريف علم الفقه وتقسيمه

﴿المادة ١﴾ الفقه علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية

والمسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهي العبادات وإما أن تتعلق بأمر الدنيا وهي تنقسم إلى مناكحات ومعاملات وعقوبات فان الباري تعالى أراد بقاء هذا العالم إلى وقت قدّره وهو إنما يكون ببقاء النوع الإنساني وذلك يتوقف على ازدواج الذكور مع الاناث للتولد والتناسل ثم أن بقاء نوع الإنسان إنما يكون بعدم انقطاع الأشخاص. والإنسان بحسب اعتدال مزاجه يحتاج للبقاء في الأمور الصناعية إلى الغذاء واللباس والمسكن وذلك أيضاً يتوقف على التعاون والتشارك ببسط بساط المدنية والحال إن كل شخص يطلب ما يلائمه ويغضب على من يزاحمه فلأجل بقاء العدل والنظام بينهم محفوظين من الخلل يحتاج إلى قوانين مؤيدة شرعية في أمر الازدواج وهي قسم المناكحات من علم الفقه وفيما به التمدن من التعاون والتشارك وهي قسم المعاملات منه ولاستقرار أمر التمدن على هذا المنوال لزم ترتيب أحكام الجزاء وهي قسم العقوبات من الفقه. وها هوذا قد بوشر تأليف هذه المجلة من المسائل الكثيرة الوقوع في المعاملات غب استخراجها وجمعها من الكتب المعتبرة وتقسيمها إلى كتب وتقسيم الكتب إلى أبواب والأبواب إلى فصول فالمسائل الفرعية التي يعمل بها في المحاكم هي المسائل التي ستذكر في الأبواب والفصول لأن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة وتلك القواعد مسلمة معتبرة في الكتب الفقهية تتخذ أدلة لإثبات المسائل وتفهمها في بادىء الأمر فذكرها يوجب الاستئناس بالمسائل ويكون وسيلة لتقررها في الأذهان فلذا جمع تسع وتسعون قاعدة فقهية وحررت مقالة ثانية في المقدمة على ما سيأتي. ثم أن بعض هذه القواعد وإن كان بحيث إذا انفرد يوجد من مشتملاته بعض المستثنيات لكن لا تختل كليتها وعمومها من حيث المجموع لما أن بعضها يخصص ويقيد بعضاً.

الفقه - علم بالمسائل الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية ويقصد بلفظة العلم بهذا التعريف الاعتقاد الراجح.

المسائل - جمع مسألة - وهي المطلوب الذي يحتاج إثباته إلى برهان ودليل.

الحكم - هو خطاب الشارع المتعلق بفعل المكلف وقد عرفه صدر الشريعة بأنه الشيء الثابت بناء على خطاب الشارع مثل الوجوب والصحة والفساد.

موضوع علم الفقه - وان موضوع علم الفقه هو فعل المكلف.

المكلف في اصطلاح الفقهاء - هو العاقل، فالمجنون والصبي لم يعدا مكلفين وإن تكن المادة (٩١٦) تقضي بضمان ما أتلفه الصبي إلّا أن المخاطب بذلك الوليّ والحكم إنما يترتب بحقه.

الشرعية - أي الموقوفة على خطاب الشارع ولا تدرك بدونه ولا فرق بين أن يكون الخطاب بنفس الحكم أو بنظيره وحينئذ يكون النظير مقيساً على نفس الحكم ويكون نفس الحكم مقيساً عليه.

الشارع - هو الحق جلّ جلاله وبما أن الأنبياء واسطة لتبليغ الأوامر الإلهية فيقال لكل منهم شارع والشارع من الأنبياء المقصود في المجلة هو النبي محمد صلّى الله عليه وسلم.

العملية - أي المتعلقة بالأفعال ويخرج منها علم العقائد وعلم التوحيد وعلم أصول الفقه.

قوله من أدلتها - أي العلم بتدقيق الأدلة ويخرج به علم التوحيد، وعلم الرسل، وعلم الأشياء الضرورية من الدين.

قوله المسائل الشرعية - احترازاً عن المسائل العقلية كقولك «العالم حادث» والمسائل الحسية «كالنار محرقة» والمسائل الاصطلاحية كقولك «الفاعل مرفوع»..

مصادر علم الفقه - أربعة الكتاب، والسنّة، والإجماع، والقياس.

المسائل الفقهية - قسمان منها ما يتعلق بالآخرة وهي العبادات والقسم الآخر يختص بأمر الدنيا ويقسم إلى مناكحات، ومعاملات، وعقوبات، كما في الكتب الفقهية.

القواعد الكلية

المقالة الثانية

في بيان القواعد الكلية الفقهية

﴿المادة ٢﴾ الأمور بمقاصدها يعني: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر.

القاعدة: لغة أساس الشيء وفي اصطلاح الفقهاء هو الحكم الكلي أو الأكثري الذي يراد به معرفة حكم الجزئيات.

الطريقة لمعرفة حكم الجزئيات - والطريقة لمعرفة حكم الجزئيات من القاعدة الكلية هي كما يلي: قاعدة (القديم على قدمه) الكلية مثلاً وجزئيتها «إن طريق دار زيد قديمة» فيستخرج من القاعدة العمومية أنه ما دامت طريق دار زيد قديمة يجب أن تبقى على قدمها لأن القديم يبقى على حاله القديم وهلم جرّا.

أمور: جمع أمر معناه اللغوي الفعل والحال إذ يقال أمور فلان مستقيمة أي أحواله وقد ورد في الآية الشريفة (وما أمر فرعون برشيد) يقصد به حال فرعون.

الأمر: يجيء بمعنى طلب الفعل والقول ويجمع على أوامر وهنا لا يقصد هذا المعنى بل يقصد بالأمر الفعل ويجمع على أمور وبما أن الفعل هو عمل الجوارح فالقول أيضاً يعد من جملة الأفعال لأنه ينشأ من جارحة اللسان. وهنا قد قرن الفعل بالقصد في قوله الأمور بمقاصدها فعليه النية التي لا تقترن بفعل ظاهري لا تترتب عليها أحكام شرعية. فلو طلق شخص زوجته في قلبه أو باع فرسه ولم ينطق بلسانه لا يترتب على ذلك الفعل الباطني حكم لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالظواهر. وكذا لو اشترى شخص مالاً بقصد أن يوقفه وبعد أن اشتراه لم يتكلم بما يدل على وقفه ذلك المال فلا يصير وقفاً. كذلك لو نوى شخص غصب مال شخص آخر ولم يغصبه وتلف ذلك المال في يد صاحبه لا يضمن بمجرد نية الغصب ولو أخذ المودع المال الوديعة بقصد استهلاكها ثم أرجعها إلى موضعها وتلفت بلا تعد ولا تقصير لا يضمن.

الأفعال بلا نية: أما الأفعال بلا نية فحكمها كما يأتي: إن الألفاظ الصريحة لا تحتاج إلى نية

ويكفي حصول الفعل لترتب الحكم عليها إذ إن الأفعال الصريحة تكون النية متمثلة بها مثال ذلك: لو قال شخص لآخر، بعتك مالي هذا أو أوصيت لك به يصح البيع أو الوصية كما أن الإقرار، والوكالة، والإيداع، والإعارة، والقذف، والسرقة كلها أمور لا تتوقف على النية بل فعلها يكفي لترتب الحكم.

الألفاظ غير الصريحة: أما في الألفاظ غير الصريحة فيختلف حكم اللفظ الواحد باختلاف مقصد الفاعل كالبيع مثلاً اذا استعمل بصيغة المضارع كقول البائع أو المشتري «أبيع وأشتري» إذا قصد به الحال ينعقد البيع وإذا قصد به الاستقبال لا ينعقد وعلى ذلك فباختلاف القصد قد يختلف الحكم وأما صيغة الماضي فينعقد البيع ولا يتوقف على النية بمعنى الحال لكونها من الصيغ المستعملة الصريحة في العقود المقصود بها الحال. كذلك لو أقر شخص لآخر بقوله لك علي درهم في درهمين فإذا كان يقصد بكلامه هذا مع درهمين أو درهمين فيحكم عليه بثلاثة دراهم وإذا كان المقصود به الظرف لا يحكم عليه إلاّ بدرهم واحد. كذلك لو تعدى المودع على الوديعة ثم أزال التعدي ينظر فإذا كان المودع ينوي اعادة التعدي فهو ضامن لو تلفت الوديعة بلا تعدٍ ولا تقصير وأما إذا كان ناوياً عدم العودة إلى التعدي فلا يضمن. وكذا الشخص الذي يحرز مالاً مباحاً إذا أحرزه بقصد تملكه يصبح مالكاً له وإلاّ فلا. مثال ذلك: لو وضع شخص إناء تحت المطر وتجمع فيه ماء فإذا وضع ذلك الإناء بقصد جمع الماء وإحرازه يصبح مالكاً له فوالحالة هذه لو اغتصب الماء أحد يضمنه وإما إذا كان قد وضع الإناء بقصد غسله بماء المطر لا بقصد جمع الماء وأخذها أحد لا يضمن لأن صاحب الإناء لم يملك الماء لعدم سبق نية منه لإحرازه، كذلك لو وضع شخص فخاً بمحل ووقع في الفخ طير فإذا كان صاحب الفخ نصب فخه بقصد الصيد فالطير يكون ملكه وأما إذا كان وضعه بقصد التجفيف في الهواء فالطير الذي يقع في الفخ يكون غير مملوك لصاحب الفخ فإذا أخذه شخص ما لا يحق لصاحب الفخ أن يطالبه به. كذا لو وجد شخص لقطة أي مالاً ضائعاً فإن أخذه بقصد تملكه يعد غاصباً فوالحالة هذه لو تلف بيده بلا تعد ولا تقصير ضمن قيمة المال لصاحبه أما إذا أخذه بقصد تسليمه إلى صاحبه وتلف المال بلا تعد ولا تقصير لا يضمن لأنه يكون في حكم الأمين.

«الأحكام الشرعية التي لا تتبدل أحكامها باختلاف القصد والنية»

هذا وههنا بعض أحكام شرعية لا تتبدل أحكامها نظراً للقصد والنية وذلك كما لو أخذ شخص مال آخر على سبيل المزاح بدون إذنه فبمجرد وقوع الأخذ يكون الآخذ غاصباً ولا ينظر إلى نيته من كونه لا يقصد الغصب بل يقصد المزاح، وكذلك لو أتى شخص عملاً غير مأذون فيه فإنه يضمن الخسارة الناشئة عن عمله ولو حصلت عن غير إرادة منه مثال ذلك: لو أن شخصاً شاهد سكران وأخذ النقود التي يحملها بقصد حفظها من أن تسقط منه فحكمه حكم الغاصب ويصبح ضامناً فيما **لو تلفت.**

هذا وبما أن القواعد الكلية هي قواعد أكثرية وأغلبية فوجود بعض أحكام منافية لهذه القاعدة أو غيرها لا تأثير لها.

﴿المادة ٣﴾ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ولذا يجري حكم الرهن في البيع بالوفاء

العقد: هو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع، والأجارة، والإعارة. الخ.

اللفظ: هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عن ضميره.

يفهم من هذه المادة أنه عند حصول العقد لا ينظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد بل إنما ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يلفظ به حين العقد لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة وما الألفاظ إلّا قوالب للمعاني. ومع ذلك فانه ما لم يتعذر التأليف بين الألفاظ والمعاني المقصودة لا يجوز إلغاء الألفاظ. مثال ذلك: بيع الوفاء، فاستعمال كلمة البيع فيه التي تتضمن تمليك المبيع للمشتري أثناء العقد لا يفيد التمليك لأنه لم يكن مقصوداً من الفريقين بل المقصود به إنما هو تأمين دين المشتري المترتب في ذمة البائع وإبقاء المبيع تحت يد المشتري لحين وفاء الدين ولذلك لم يخرج العقد عن كونه عقد رهن فيجري به حكم الرهن ولا يجري حكم البيع.

فبناءً على ما تقدم يحق للبائع بيعاً وفائياً أن يعيد الثمن ويسترد المبيع كما أنه يحق للمشتري أن يعيد المبيع ويسترجع الثمن ولو كان العقد بيعاً حقيقياً لما جاز إعادة المبيع واسترداد الثمن إلا باتفاق من الفريقين على اقالة البيع.

مثال ثان: لو اشترى شخص من «بقال» رطل سكر وقال له خذ هذه الساعة أمانة عندك حتى احضر لك الثمن فالساعة لا تكون امانة عند البقال بل يكون حكمها حكم الرهن وللبقال أن يبقيها عنده حتى يستوفي دينه فلو كانت امانة كما ذكر المشتري لحق له استرجاعها من البائع بصفتها أمانة يجب على الأمين إعادتها.

مثال ثالث: لو قال شخص لآخر وهبتك هذه الفرس أو الدار بمائة جنيه فيكون هذا العقد عقد بيع لا عقد هبة وتجري فيه أحكام البيع. فإذا كان المبيع عقاراً تجري فيه أحكام الشفعةِ وغيرها من أحكام البيع.

مثال رابع: لو قال شخص لآخر قد اعرتك هذا الفرس لتركبه إلى«كوجك شكمجـه» بخمسين غرشاً فالعقد يكون عقد إيجار لا عقد إعارة رغماً من استعمال كلمة الإعارة في العقد لأن الإعارة هي تمليك منفعة بلا عوض وهنا يوجد عوض.

مثال خامس: لو قال شخص لآخر قد احلتك بالدين المطلوب مني على فلان على أن تبقى ذمتي مشغولة حتى يدفع المحال عليه لك الدين. فالعقد هذا لا يكون عقد حوالة لأن الحوالة هي

نقل ذمة إلى ذمة أخرى وهنا بقيت ذمة المدين مشغولة والذي جرى إنما هو ضم ذمة أخرى فأصبح المحال عليه كفيلاً بالدين والمدين أصيلاً.

مثال سادس: لو اعطى شخص آخر عشر كيلات حنطة أو عشر ليرات وقال له قد اعرتك اياها فيكون قد اقرضها له ويصبح للمستعير حق التصرف بالمال أو الحنطة المعارة له مع أنه ليس للمستعير التصرف بعين المال المعار بل له حق الإنتفاع به بدون استهلاك العين.

«مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنيات وهي: لو باع شخص شيئاً لآخر مع نفي الثمن بقوله قد بعتك هذا المال بدون ثمن يكون البيع باطلاً ولا يعتبر العقد هبة كذلك لو آجر شخص آخر فرساً بدون إجرة تصبح الإجارة فاسدة ولا تكون عارية لأن الإجارة تفيد بيع المنفعة بعوض والعارية تفيد عدم العوض وبما أن بين معنى اللفظين تضاداً فلا يجوز استعارة لفظ الإجارة في الإعارة

«المادة ٤» اليقين لا يزول بالشك

نعم لأن اليقين القوي أقوى من الشك فلا يرتفع اليقين القوي بالشك الضعيف أما اليقين فإنما يزول باليقين الآخر. هذه المادة مأخوذة من قاعدة «ما ثبت بيقين لا يرتفع بالشك وما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين».

الشك: لغة معناه التردد واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه أي لا يوجد مرجح لأحد على الآخر ولا يمكن ترجيح أحد الاحتمالين أما إذا كان الترجيح ممكناً لأحد الإحتمالين والقلب غير مطمئن للجهة الراجحة أيضاً فتكون الجهة الراجحة في درجة(الظن) والجهة المرجوحة في درجة الوهم. وأما إذا كان القلب يطمئن للجهة الراجحة فتكون (ظناً غالباً) والظن الغالب ينزل منزلة اليقين.

(اليقين): لغة قرار الشيء يقال(يقن الماء في الحوض) بمعنى استقر واصطلاحاً(هو حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه) وقد عرفه البعض (هو علم الشيء المستتر عن نظر واستدلال) ويفهم من هذه الإيضاحات أنه لا يوجد الشك في شيء عند وجود اليقين ولا اليقين حيث يوجد الشك. إذ أنهما نقيضان ولا يجوز اجتماع النقيضين فعلى هذا قد يعترض على وضع هذه المادة إذ لا موجب لوضعها.

ولكن بما أن القصد هنا بالشك إنما هو(الشك الطارئ) بعد حصول اليقين في الأمر فلا محل للإعتراض بتاتاً.

هذا وجملة القول ان اليقين السابق لا يزول بالشك الطارئ وأنه لا يزول إلا بيقين مثله.

مثال ذلك: إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة فانقطاع أخباره يجعل شكاً في حياته إلا أن ذلك الشك لا يزيل اليقين وهو حياته المتيقنة قبلاً وعلى ذلك فلا يجوز الحكم بموته وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقيناً. وبالعكس إذا سافر آخر بسفينة وثبت غرقها فيحكم بموت الرجل لأن موته ظن غالب والظن الغالب كما تقدم بمنزلة اليقين.

مثال آخر: لو أقر شخص بمبلغ لآخر قائلاً اظن أنه يوجد لك بذمتي كذا مبلغ فاقراره هذا لا يترتب عليه حكم لأن الأصل براءة الذمة والأصل هو المتيقن فما لم يحصل يقين يشغل ذمته لا يثبت المبلغ عليه للمقر له إذ أن اقراره لم ينشأ منه عن يقين بل عن شك وظن وهذا لا يزيل اليقين ببراءة ذمة المقر كما لا يخفى

﴿المادة ٥﴾ الأصل بقاء ما كان على ما كان

يعني ينظر للشيء على أي حال كان فيحكم بدوامه على ذلك الحال ما لم يقم دليل على خلافه. وهذه القاعدة تدعى(الاستصحاب) وقاعدة القديم على قدمه فرع لهذه القاعدة.

الاستصحاب: هو الحكم بتحقق وثبوت شيء بناء على تحقق وثبوت ذلك الشيء في وقت من الأوقات والاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة وهو على قسمين:(استصحاب الماضي بالحال) و(استصحاب الحال بالماضي).

استصحاب الماضي بالحال: هو الحكم على شيء ببقائه على الحال الذي كان عليه في الزمن السابق ما لم يقم دليل على خلافه ويقال له استصحاب «الماضي بالحال»

استصحاب الحال بالماضي: هو اعتبار حالة الشيء في الزمن الحاضر أنها حالة ذلك الشيء في الماضي ما لم يثبت خلاف ذلك بدليل.

مثال ذلك: لو ثبت تحقق شيء في الماضي ثم حصل شك في زوال ذلك الشيء في الوقت الحاضر كالمفقود مثلاً وهو الذي يغيب غيبة منقطعة إذا حصل شك في الوقت الحاضر في حياته وموته فباستصحاب الماضي بالحال يحكم بحياة المفقود إذ أنها الشيء المتحقق في الماضي فلا يجوز الحكم بموته ولا قسمة تركته بين الورثة ما لم يثبت موته أو تنقرض امثاله بوصوله سن التسعين.

مثال ثان: لو ادعى المدين إيصال الدين للدائن والدائن انكر الإيصال فالقول مع اليمين للدائن لأن الدين تعلق بذمة المدين في الماضي فيحكم تبعاً لقاعدة استصحاب الماضي بالحال على المدين بتأدية المبلغ بعد حلف الدائن اليمين وهذا إذا لم يثبت المدين وقوع الإيصال.

هذا واستصحاب الحال بالماضي كما ذكرنا أن يكون فيه حال الشيء في الوقت الحاضر معلوماً إلا أنه يوجد شك في عدم ذلك الشيء في الوقت الماضي. مثال ذلك لو اختلف شخصان على ماء يسيل من دار احدهما الى دار الآخر في كونه قديماً أو حديثاً وعجز الفريقان كلاهما عن اثبات دعواهما

فينظر إلى حال المسيل في الوقت الحاضر فإذا ثبت جريان الماء قبل الخصومة من ذلك المسيل يحكم ببقائه على الحال التي وجد عليها. وكذلك لو استأجر رجل طاحوناً وادعى بعد انقضاء مدة الإجارة انقطاع الماء عن الطاحون مدة وطلب تنزيل الأجرة عن المدة التي انقطع فيها الماء وصاحب الطاحون ادعى عدم انقطاع الماء فتحكم الحال الحاضرة فإذا كان الماء جارياً وقت الدعوى والخصومة فيستصحب الحال بالماضي والقول للمؤجر مع يمينه وبالعكس لو كان الماء مقطوعاً فالقول للمستأجر مع يمينه. كذا لو أنفق الأب من مال ابنه الغائب فادعى الولد أن والده كان موسراً وقت الانفاق وطلب ضمانة المبلغ الذي صرفه فينظر إلى الحال الماضي فإذا كان الوالد وقت الخصومة معسراً فالقول قوله مع اليمين وإذا كان موسراً فالقول قول الابن.

ولهذه القاعدة مستثنى وذلك أن الامين يصدق بيمينه في براءة ذمته فلو ادعى المودع أنه اعاد الوديعة أو أنها تلفت في يده بلا تعد ولا تقصير يقبل ادعاؤه مع يمينه مع أنه كان يجب بمقتضى قاعدة الاستصحاب أن يعد الامين مكلفاً باعادة الأمانة ما لم يثبت إعادتها لأن الحال الماضي هو وجود الأمانة عند المودع. والسبب في ذلك أن الامين يدعي هنا براءة الذمة من الضمان وأما المودع فهو يدعي شغل ذمة الامين وذلك خلاف الأصل.

﴿المادة ٦﴾ القديم يترك على قدمه

يعني أن القديم الموافق للشرع يجب أن يترك على حاله القديم ما لم يثبت خلافه لأن بقاء ذلك الشيء مدة طويلة دليل على أنه مستند على حق مشروع فيحكم باحقيته- وهذه المادة مأخوذة من قاعدة «ما كان قديماً يترك على حاله ولا يتغير إلا بحجة».

ما هو القديم؟ هو الذي لا يعرف اوله أما إذا كان اوله معروفاً فلا يعد قديماً مثلاً: لو أن ميزاب دار شخص يجري من القديم على دار شخص آخر فصاحب الدار الثانية لا يحق له منعه كما وأن بالوعة دار تمر من دار أخرى فصاحب الدار الثانية لا يحق له سد تلك البالوعة ومنع مرورها من داره لأنه ما دام ذلك قديماً يعتبر أن مرور ذلك الماء لا بد وأن يكون مستنداً على حق شرعي كأن كانت الداران مشتركتين فجرى تقسيمهما وكان من شروط التقسيم مرور ماءِ احداهما من الأخرى.

أما القديم المخالف للشرع الشريف فلا يترك على قدمه مهما تقادم عهده لأن الضرر لا يكون قديماً. مثلاً لو أن بالوعة دار تجري من القديم في الطريق العام لا ينظر إلى قدمها وتزال لأنه غير ممكن احتمال مشروعية ذلك.

﴿المادة ٧﴾ الضرر لا يكون قديماً

يعني: لا يعتبر قدمه ولا يحكم ببقائه. هذه المادة تفيد حكم المادة التي قبلها الناصة على أن

القديم يترك على قدمه إلا أن هذه قيدت تلك وبينت أن القديم الذي يعتبر هو القديم غير المضر. مثال ذلك لو أن اقذار دار شخص من القديم تسيل إلى الطريق العام أو أن بالوعة دار شخص تسيل إلى النهر الذي يشرب ماءه أهل البلد فتمنع ولا اعتبار لقدمها لأنه لا يمكن احتمال مشروعية ذلك ولا يمكن لإنسان أن يجيز حقاً يكون منه ضرر عام.

﴿المادة ٨﴾ الأصل براءة الذمة

يعني: الأصل أن تكون ذمة كل شخص بريئة أي غير مشغولة بحق آخر لأن كل شخص يولد وذمته بريئة وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد فكل شخص يدعي خلاف هذا الأصل يطلب منه أن يبرهن على ذلك لأنه حسب المادة ٧٧ تطلب البينة من مدعي خلاف الظاهر وخلاف الأصل. وهذه القاعدة مأخوذة من الاشباه.

الذمة تعريفها: لغة العهد والأمان إذ أن نقض العهد والأمان موجب للذم وفي الاصطلاح بمعنى النفس والذات ولهذا فسرت المادة(٦١٢) الذمة بالذات. والذمة في اصطلاح علم اصول الفقه وصف يصير به الإنسان اهلاً لما له وما عليه. مثال ذلك: إذا اشترى شخص مالاً كان اهلاً لتملك منفعة ذلك المال كما أنه يكون أيضاً اهلاً لتحمل مضرة دفع ثمنه المجبر على ادائه. والذمة وان لم تك هي نفس عقل الإنسان فللعقل دخل فيها ولذا فالحيوانات العجم لا توصف بالذمة. وإن القول بأن براءة الذمة أصل يقصد به أن ذات الإنسان باعتبار الوصف المذكور بريء فعند ما يقال ترتب في الذمة دين يكون معنى ذلك أنه ترتب على نفس الإنسان دين. وإذا تعارضت هذه القاعدة بقاعدة «الأصل اضافة الحوادث إلى اقرب اوقاتها» فيجب العمل بهذه القاعدة لأن هذه أقوى من تلك مثال ذلك: إذا اتلف رجل مال آخر واختلف في مقداره يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لإثبات الزيادة. مثال آخر: إذا ادعى شخص على آخر بقرض والمدعى عليه انكر ذلك القرض فالقول للمدعى عليه مع اليمين والمدعي مكلّف بإثبات خلاف الأصل أي اثبات شغل ذمة المدعى عليه فإذا اقام المدعي البينة فيكون قد وجد دليل على خلاف الأصل فيحكم حينئذ بالبينة. كذلك في مواد الغصب، والسرقة، والوديعة التي يجوز فيها الإقرار بالمجهول كأن يقرشخص مثلاً بقوله إن فلاناً له عندي امانة بدون ذكر مقدارها فيجبر المقر على أن يبين ما هي الأمانة وما مقدارها فإذا بين المقر أن تلك الأمانة فرس أو عشرة قروش مثلاً والمقر له ادعى أنها فرسان أو مائتا قرش فالقول للمقر مع اليمين والبينة على المقر له لإثبات الزيادة.

ويمكن توجيه اعتراض على هذه القاعدة وهو أن المدين إذا ادعى أن الدائن ابرأه أو أنه اوفى الدين فالقول للدائن مع اليمين مع أن الدائن يدعي شغل ذمة المدين والمدين يدعي براءة ذمته فكان الواجب حسب هذه القاعدة أن يكون القول للمدين.

والجواب على ذلك أن الدائن والمدين هنا متفقان على ثبوت الدين فباتفاقهما على ذلك اصبح

شغل الذمة اصلاً والبراءة خلاف الأصل فالمدين يدعي الإيفاء والإبراء الذي هو خلاف الأصل والدائن ينكر ذلك فعلى هذا اصبح القول للدائن ولا مجال للاعتراض على ذلك راجع المادة(٧٧).

﴿المادة ٩﴾ الأصل في الصفات العارضة العدم

مثلاً: إذا اختلف شريكا المضاربة في حصول الربح وعدمه فالقول للمضارب والبينة على رب المال لإثبات الربح.

هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه وقد ذكر في الأشباه (الأصل العدم وليس العدم مطلقاً وإنما هو في الصفات العارضة).

يعني: إن الأصل في الصفات العارضة هو عدم وجود تلك الصفات الأصلية فالأصل هو وجود تلك الصفات فعلى هذا فالقول للذي يدعي الصفات الأصلية واما الذي يدعي العدم فيجب عليه الإثبات كما لو اشترى شخص فرساً واستلمه فادعى أن فيه عيباً قديماً وادعى البائع سلامته من العيوب فالقول للبائع مع اليمين لأن الصحة من الصفات الأصلية والأصل فيها الوجود.

والحاصل أن الصفات قسمان: صفة أصلية وصفة عارضة فالذي يدعى الصفة الأصلية فالقول له والذي يدعي الصفة العارضة يدعي خلاف الأصل فالبينة عليه. الصفة العارضة: هي التي لم توجد مع الموصوف ولم تتصف بها ذاته ابتداء.

الصفة الأصلية: هي التي توجد مع الموصوف.

مثال ذلك: لو باع شخص من آخر بقرة ثم طلب المشتري ردها لكونها غير حلوب والبائع أنكر وقوع البيع على هذا الشرط فالصفة الأصلية في البقرة كونها غير حلوب وصفة الحلب طارئة فالقول هنا للبائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط وعلى المشتري الذي يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه.

مثال آخر: إذا حصل اختلاف بين البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر على استلام المبيع أو المستأجر فالقول لمنكر الإستلام لأن الاستلام أصل.

«مستثنيات من هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنيات - وهي:

(١) إذا أراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب تلف الهبة فالقول له بلا يمين وذلك حسب منطوق المادة ١٧٧٣ من أن تلف الهبة صفة عارضة وهي خلاف الأصل فكان من الواجب بمقتضى هذه القاعدة أن يكون الموهوب مكلفاً بإثبات ذلك ولكن بما أن الموهوب ينكر هنا وجوب الرد على الواهب فاصبح شبيهاً بالمستودع.

(٢)كذلك إذا تصرف الزوج في مال زوجته فأقرضه آخر وتوفيت الزوجة وادعى وارثها أن الزوج تصرف في المال بدون إذن وطلب الحكم بضمانة وادعى الزوج أن تصرفه كان بإذنها فالقول للزوج مع أن الإذن من الصفات العارضة فكان الواجب أن يكون القول للوارث.

«المادة ١٠» ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد المزيل

هذه القاعدة مطابقة لقاعدة «الأصل إبقاء ما كان على ما كان» ومتممة لها وهي نفس قاعدة الاستصحاب التي سبق شرحها وتجري فيها أيضاً أحكام نوعي الاستصحاب «استصحاب الحال بالماضي واستصحاب الماضي بالحال».

ومعنى هذه المادة:

إن الشيء الذي ثبت حصوله في الزمن الماضي يحكم ببقائه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم أيضاً باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله.

أما عبارة (ما لم يوجد المزيل) فهي قيد في المادة يراد به أنه إذا وجد المزيل لا يحكم ببقاء الشيء بل يزال. مثال ذلك:

لو ثبت ملك شيء أو مال لأحد ما يحكم ببقاء الملكية لذلك الشخص ما لم يثبت بأن المال انتقل منه لآخر بعقد بيع أو هبة أو بسبب آخر من الأسباب المزيلة للملكية أما لو ثبت زوال الملكية ببيع أو هبة مثلاً فلا يحكم بملكية ذلك المال للمالك الأول.

الإدعاء: - يقع بثلاث صور والاثبات يقع بثلاثة أوجه أيضاً

أولاً: بأن يدعي المدعي الملك في الحال والشهود تشهد على الماضي كقول المدعي (إن هذا الشيء ملكي وقول الشهود إن هذا الشيء كان ملكه)

ففي هذه الصورة بما أن الشهود لا يمكنهم معرفة بقاء الملك للمالك إلاَّ بطريق الاستصحاب فشهادتهم على ملكية المدعي في الماضي لا تثبت ملكيته في الحال. ومع هذا تقبل ويحكم بموجبها.

ثانياً: إن المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملكية في الحال فهذه الشهادة لا تقبل ولا يجوز تطبيقها على الاستصحاب المقلوب وهو استصحاب الحال بالماضي.

ثالثاً: إن المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملك في الماضي فلا تقبل شهادتهم أيضاً وسبب عدم قبول شهادة الشهود في الحالين الأخيرين هو أن إسناد المدعي ملكيته إلى الماضي يتضمن نفس الملك في الحال لأن المدعي لو كان مالكاً في الحال لما كان له فائدة من إسناد الملكية إلى الزمن الماضي فلهذا تكون تلك الشهادة واقعة في دعوى غير صحيحة فلا تقبل.

والاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة فلا يستحصل الحكم بحجة الاستصحاب بل أن الدعوى

تدفع بها فقط. مثال ذلك: لو ادعى ورثة المفقود موته وطلبوا تقسيم التركة فعلى قاعدة الاستصحاب أي «استصحاب الماضي بالحال» يحكم بحياة المفقود وترد دعوى الورثة بطلب تقسيم التركة.

أما إذا توفي مورث المفقود فلا يعتبر المفقود حياً ولا يحكم بحصته الإرثية لأن حجة الاستصحاب حجة دافعة كما قلنا.

«مستثنى هذه القاعدة»

لو نفى شخص جميع ما نسب إليه من الأموال وأقر بملكيتها لشخص آخر وادعى ذلك الشخص المقر له كون المال الذي بيد المقر الآن كان موجوداً بيده حين الإقرار فبحسب إقراره هو ملك لي وادعى المقر بملكيته لذلك المال بعد حصول الإقرار فالقول للمقر ولا يحكم استصحاباً أن المال كان موجوداً بيده في الماضي لأنه وجد بيده في الحال لأن الأصل براءة الذمة.

«المادة ١١» الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته

الحادث: هو الشيء الذي كان غير موجود ثم وجد فإذا اختلف في زمان وقوعه وسببه فما لم تثبت نسبته إلى الزمان القديم ينسب إلى الزمن الأقرب منه. مثال ذلك:

إذا ادعت الزوجة أن زوجها طلقها طلاق الفار أثناء مرض الموت وطلبت الإرث والورثة ادعوا طلاقها في حال صحته وأن لا حق لها بالإرث فالقول للزوجة لأن الأمر الحادث المختلف على زمن وقوعه هنا هو الطلاق فيجب أن يضاف إلى الوقت الأقرب وهو مرض الموت الذي تدعيه الزوجة ما لم يقم الورثة البينة.

كذا لو ادعى من له الخيار في البيع بعد مرور مدة الخيار أنه فسخ العقد في ظرف مدة الخيار وادعى الفريق الآخر أن الفسخ حصل بعد مضي مدة الخيار وأن الفسخ غير معتبر فالأمر الحادث وهو الفسخ يضاف إلى أقرب الأوقات وهو حصول الفسخ بعد مضي مدة الخيار والقول لمن ينكر حصول الفسخ بمدة الخيار أما إذا أثبت صاحب الخيار بالبينة حصول الفسخ في مدة الخيار فيحكم بموجب البينة لأنه يكون قد أثبت خلاف الأصل. مثال آخر: لو باع الأب مال ولده وادعى الولد على والده أنه باع ماله بعد بلوغه وأن البيع غير صحيح لهذا السبب والأب أنكر وقوع البيع منه بعد البلوغ وادعى حصوله قبل البلوغ فبما أن البلوغ زمناً من قبل البلوغ فالقول للابن وعلى الأب إثبات خلاف الأصل.

مثال آخر: إذا ادعى المحجور عليه أو وصيه أن عقد البيع الذي أجراه المحجور قد حصل بعد صدور الحكم بحجره وطلب فسخ البيع وادعى المشتري حصول البيع قبل تاريخ الحجر فالقول للمحجور أو وصيه لأن وقوع البيع بعد الحجر أصل وهو أقرب زمناً مما يدعيه المشتري وعلى المشتري اثبات خلاف الأصل وهو حصول البيع له قبل صدور الحكم بالحجر.

مثال آخر: لو شهدت الشهود بالطلاق فسئلوا عن تاريخ وقوعه هل كان زمن الصحة أو في مرض الموت وأجابوا أنهم لا يعلمون ذلك فيحمل حينئذ وقوعه على زمن مرض الموت.

مثال آخر: إذا ادعت زوجة المسلم المسيحية أنها أسلمت قبل موت زوجها وطلبت حصتها الارثية من تركته وادعى الورثة انها اسلمت بعد موته فالقول للورثة لأن وقوع إسلامها بعد موت زوجها أقرب تاريخاً وهو الأصل ما لم تثبت.

«مستثنيات هذه القاعدة»

(١) لو ادعى شخص على حاكم معزول أنه أخذ منه بعد عزله مبلغاً قدره كذا جبراً والمدعى عليه ادعى أنه قد أخذ منه ذلك المبلغ أثناء ما كان حاكماً بعد أن أجرى محاكمته وأنه أعطى المبلغ للمحكوم له فلان فإذا كان المبلغ المدفوع تلف في يد المدفوع إليه فالقول للحاكم المدعى عليه لأنه يضيف فعله لزمن مناف للضمان ويدعي براءة ذمته مع أنه بحسب هذه القاعدة لما كان وقوع الأخذ بعد العزل هو أقرب كان الواجب أن يعد ذلك أصلاً وعلى الحاكم المدعي أن يثبت خلاف الأصل أي حصول الأخذ قبل العزل.

(٢) إذا ادعت زوجة مسيحي أن إسلامها وقع بعد وفاة زوجها وأن لها الحق في أن ترثه لكونها حين وفاته كانت على دينه وادعى الورثة أنها أسلمت قبل موت المورث فالقول للورثة مع أنه حسب القاعدة يجب أن يكون القول للزوجة لأن اعتناقها الدين الإسلامي أمر حادث والزوجة تدعي حدوثه في الوقت الأقرب وعلى الورثة أن يثبتوا خلاف الأصل والسبب في عدم جريان هذه القاعدة في مثل هذه الدعوى هو العمل بقاعدة الاستصحاب في هذه المسألة وأن اختلاف الدين أي سبب الحرمان من الإرث هو موجود بالحال وبالاستصحاب المقلوب تعتبر في الزمن السابق مسلمة أيضاً.

مثال آخر: لو استأجر شخص آخر لأن يحفظ ماله مدة سنة بأجرة معلومة وتلف المال وادعى الأجير استحقاقه جميع الأجرة لتلف المال بعد مضي سنة وادعى صاحب المال أن تلف المال تلف لمرور شهر من تسلم الأجير له وأن الأجير لا يستحق من الأجر سوى أجرة شهر واحد فالقول للمستأجر خلافاً للقاعدة لأن المستأجر يدعي براءة الذمة وقد بينت الكتب الفقهية هذا الحكم بقولها «فإن قيل الأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات فينبغي أن يصدق الأجير يقال الأصل المذكور ظاهر يصح للدفع لا للإستحقاق فغرض الأجير أخذ الأجر فلا يصح به.»

مثال آخر: لو ادعى شخص أن إقراره وقع حال طفوليته وادعى المقر له أن إقرار المقر حصل بعد البلوغ فالقول للمقر مع اليمين مع أنه يجب توفيقاً لقاعدة إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته أن يكون القول للمقر له لأنه يدعي الزمن الأقرب.

والحاصل أن طلب الأجر وطلب الحكم بناء على الإقرار أصبحا خارجين عن قاعدة «الأصل إضافة الحوادث إلى أقرب أوقاتها» لمعارضة «قاعدة الأصل براءة الذمة» لها في هذه المسائل.

﴿المادة ١٢﴾ الأصل في الكلام الحقيقة

فالمعنى المجازي يكون خلاف الأصل والمقصود هنا بالأصل الراجح.

المعنى: هو الشيء المقصود من الكلام وطرق أداء المقصود بالكلام عند أهل البلاغة ثلاثة أقسام:

«(الحقيقة) (٢) المجاز (٣) الكناية» واما عند اهل اصول الفقه فطرق اداء المقصود قسمان: «حقيقة ومجاز» والكناية عندهم تارة تكون حقيقة واخرى تكون مجازاً فمخاطبة الشخص بالقول له «ابو ابراهيم» «كناية» ولكنه مع ذلك لفظ حقيقي والقول للضرير «ابو العيناء» كناية جاءت عن مجاز.

الحقيقة: هو استعمال اللفظ في المعنى الذي وضعه الواضع أي واضع اللغة كقولك (أسد) للوحش المعروف وفرس (للدابة المعلومة).

المجاز: هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له بشرط أن يكون بين المعنى الحقيقي والمعنى المجازي علاقة ومناسبة فكما أن العلاقة التي هي المناسبة بين المعنى الحقيقي والمعنى المستعمل فيه ذلك اللفظ مجازاً هي من مقتضيات المجاز فالقرينة المانعة من إرادة المعنى الحقيقي شرط في صحة المجاز أيضاً. مثلاً: لو قال شخص رأيت أسداً في الحمام يغتسل يفهم منه أنه رأى رجلاً شجاعاً في الحمام يغتسل لا أنه رأى الأسد الحقيقي وهو الوحش المعروف لأن الحمام قرينة مانعة من وجود الأسد الحقيقي فيه يغتسل وبين الأسد والرجل الشجاع علاقة ومناسبة وهي الجرأة والشجاعة والحاصل أن المعنى الحقيقي هو الراجح فمتى أمكن حمل اللفظ عليه لا يعدل عنه إلى المعنى المجازي لأن المعنى الحقيقي أصل والمجازي بدل والبدل لا يعارض الأصل.

مثال ذلك: إذا وقف شخص ماله قائلاً إني وقفت مالي على أولادي وكان له أولاد وأولاد أولاد فيصرف قوله على أولاده لصلبه ولا تستفيد أولاد أولاده من غلة الوقف فلو انقرض أولاده لصلبه فلا تصرف غلة الوقف على أحفاده بل تصرف إلى الفقراء إلا إذا كان يوجد للواقف أولاد حين الوقف بل كان له أحفاد فبطريق المجاز يعد المال موقوفاً على أحفاده أما إذا ولد للواقف مولود بعد إنشاء الوقف فيرجع الوقف إلى ولده لصلبه لأن اسم الولد مأخوذ من الولادة ولفظ الولد حقيقة في الولد الصلبي ذكراً أو أنثى ولأن لفظة الولد حقيقة في الولد الصلبي فعند عدم وجود أولاد للواقف لصلبه مثلاً يصرف الوقف إلى الأحفاد الذين تستعمل فيهم كلمة (الأولاد) مجازاً لأنه لا يمكن استعمال معنى المجاز والحقيقة في لفظ واحد في وقت واحد معاً. مثلاً: لو قال شخص لآخر لا تقتل الأسد فلا يراد بهذا الكلام معنى لا تقتل الأسد الحقيقي والشخص الشجاع معاً.

أما إذا وردت قرينة تدل على شمول اللفظ لمعنييه الحقيقي والمجازي فيكون هذا من باب (عموم المجاز) ولا يكون جمعاً بين الحقيقة والمجاز.

«عموم المجاز»

تعريفه: هو عبارة عن استعمال اللفظ في معنى كلي شامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي. مثال ذلك: لو قال الواقف قد وقفت مالي هذا على أولادي نسلاً بعد نسل فقرينة (نسلاً بعد نسل) تدل على شمول لفظ الأولاد لكل ولد سواء أكان ولداً له حقيقة أم ولداً له مجازاً من أبناء أولاده وأبنائهم.

مثال آخر: لو أوصى شخص لآخر بثمر بستانه فتحمل وصيته على الثمر الموجود أثناء وفاة الموصي ولا تحمل على الثمر الذي سيحصل في السنين المقبلة لأن الثمر يحمل حقيقة على الثمر الموجود ولا يحمل على ثمر المستقبل إلا بطريق المجاز وبما أنه من الممكن حمل هذا اللفظ على معناه الحقيقي فلا يحمل على البدل وهو الجاز وبما أنه لا يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد فلا يعتبر متناولا للثمر الموجود والذي سيوجد كذلك في وقت واحد. أما ذكر الموصي كلمة أبداً ودائماً حينما ذكر الثمر فيكون من عموم المجاز فتحمل وصيته على الثمر الحاصل أثناء وفاة الموصي والثمر الذي سيحصل في المستقبل.

مثال آخر: لو قال شخص إن هذه الدار لزيد فمضمون هذا الكلام الحقيقي أنها ملك زيد ويكون بقوله هذا قد اعترف بأن تلك الدار هي ملك زيد المذكور فلو قال المقر بعد ذلك أنني لا أقصد بكلامي أن الدار ملك لزيد بل كنت أقصد أنها مسكن له بطريق الإجارة أو على سبيل العارية وأن الدار هي ملكي فلا يلتفت لكلامه هذا إذ أن «اللام» في كلمة (لزيد) بمعنى الاختصاص والاختصاص وإن يكن عاماً للتملك والسكن فالمعنى الكامل في هذا الكلام هو اختصاص الملك ولهذا يحكم بملكية زيد لتلك الدار بناء على الإقرار.

﴿المادة ١٣﴾ (لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) لأن دلالة الحال في مقابلة التصريح ضعيفة فلا تعتبر مقابلة للتصريح القوي.

إن اللفظ الذي يكون به التصريح يسمى لفظاً صريحاً.

تعريف الصريح عند علماء أصول الفقه: هو الذي يكون المراد منه ظاهراً ظهوراً بيناً وتاماً ومعتاداً فعليه لو أن شخصاً كان مأذوناً بدلالة الحال بعمل شيء فمنع صراحة عن عمل ذلك الشيء فلا يبقى اعتبار وحكم لذلك الإذن الناشيء عن الدلالة. مثاله: لو دخل إنسان دار شخص فوجد على المائدة كأساً فشرب منها ووقعت الكأس أثناء شربه وانكسرت فلا يضمن لأنه بدلالة الحال مأذون بالشرب منها بخلاف ما لو نهاه صاحب البيت عن الشرب منها وانكسرت فإنّه يضمن لأن التصريح أبطل حكم الإذن المستند على دلالة الحال.

مثال ثان: لو وهب شخص مالا لآخر وقبله فحصول عقد الهبة إذن بقبض المال دلالة فإن

حصل القبض تمت الهبة وإن نهاه الواهب صراحة قبل القبض سقط حكم الدلالة وبطلت الهبة فلو قبضه كان غاصباً وتجري عليه أحكام الغاصب.

«رجحان الصراحة»

ورجحان الصراحة على الدلالة إنما يكون عند حصول معارضة بين الصراحة والدلالة قبل ترتب حكم مستند على الدلالة أما بعد العمل بالدلالة أي بعد ترتب الحكم وجريانه استناداً عليها فلا اعتبار للصراحة. مثال: لو قال شخص لآخر بعتك هذا الفرس فعلى الثاني أن يقبل في الحال ويقول قد اشتريت بدون وقوع إعراض منه حتى يصح العقد وعلى البائع أو المشتري بعد حصول الإيجاب أن يقول بعت أو اشتريت قبل أن يشتغل بشغل آخر فإذا لم يقل أحدهما ذلك بعد الإيجاب واشتغل بأمر يدل على الإعراض فيصبح الإيجاب باطلاً فلو قبل الثاني بعد الإعراض عن البيع لا ينعقد مع أن القول وقع صراحة فكان من الواجب أن ينعقد البيع لكن الإعراض الدال على عدم الرغبة حكم أبطل الإيجاب السابق فالقبول اللاحق وإن كان صريحاً لكنه لم يجد إيجاباً صحيحاً ولهذا فقد بطل أيضاً ورجحان الصريح على الدلالة يكون فيما لو تعارضا فقط.

كذلك لو باع شخص مالاً من آخر فضولاً فإذا طالب صاحب المال المشتري بالثمن يكون قد أجاز البيع دلالة وإذا صرح صاحب المال بعد ذلك بعدم إجازة البيع لا يعتبر تصريحه ويكون البيع صحيحاً وكما أن الصراحة تكون راجحة على الدلالة كما اتضح تكون راجحة على العرف والعادة أيضاً لأن العرف والعادة من قبيل الدلالة.

مثال ذلك: إن الليرة المعروفة في فلسطين الآن هي الجنيه المصري فلو جرى عقد البيع بين البائع والمشتري على ليرات فرنساوية مثلاً فالبيع ينعقد على ليرات فرنساوية ولا تحمل الليرة التي جرى الإتفاق عليها على الليرة المصرية وأما إذا عقد البيع على ليرات بلا تعيين نوعها فينصرف إلى التعارف وهو الليرة المصرية.

«المادة ١٤» لا مساغ للاجتهاد في مورد النص

يعني أن كل مسألة ورد فيها نص من الشارع لا يجوز للمجتهدين أن يجتهدوا فيها لأن جواز الإجتهاد أو القياس في الفروع من الأحكام مشروط بعدم وجود نص من الشارع.

الاجتهاد: لغة هو التكلف ببذل الوسع وفي اصطلاح الفقهاء هو صرف وبذل الطاقة والقدرة أي إجهاد النفس لأجل الاستحصال على الحكم الشرعي الفرعي من دليله الشرعي بحيث لا يستطاع بذل وسع أكثر من ذلك. ولذلك قيل إذا صح حديث وكان حكم ذلك الحديث مخالفاً لمذهب المجتهد يجب العمل بذلك الحديث وإن المقلد لأحد المذاهب إذا اتبع حكم الحديث فلا يكون خالف وخرج عن المذهب الذي يقلده.

والمراد من النص هنا (الكتاب الكريم والسنة أي الأحاديث الشريفة). مثال ذلك: قد نص الحديث الشريف أن (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) فبعد وجود هذا النص الصريح لا يجوز لأحد المجتهدين أن يجتهد بخلافه ويقول بحكم يناقضه كأن يقول في هذه المسألة (يجوز سماع البينة من المنكر) أو «أن اليمين على المدعي» كما أنه لا يجوز للمجتهد أن يجتهد في (هل البيع حلال أم حرام) بعد ورود النص الصريح في ذلك القرآن الكريم وهو قوله «أحل اللّه البيع» الآية.

﴿المادة ١٥﴾ ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه

يعبر عن هذه القاعدة بعبارة أخرى وهي «النص الوارد على خلاف القياس يقتصر على مورده» ويقال لذلك الشيء أي الوارد به نص «أصل، أو مقيس عليه، أو مشبه به» ولغيره «فرع، ومقيس، ومشبه».

القياس - تعريفه: إثبات حكم للفرع كحكم الأصل بناء على وجود مماثلة في العلة بين المقيس والمقيس عليه أو بعبارة أخرى بين المشبه والمشبه به.

كيفية القياس: القرآن الكريم يقول «السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» فلو انتشل أحد مالا من آخر. وآخر نبش قبراً وسرق الكفن منه. فالنشال قد أخذ مالاً محرزاً خفية فعلة وجوب قطع اليد موجودة في عمله فحكمه حكم السارق قياساً وأما «النباش» فلم توجد العلة في عمله فلا يقاس حكمه على حكم السرقة لأن أخذه الكفن وإن كان خفية لم يكن مالاً محرزاً فيحكم عليه بحكم غير قطع اليد المترتب على السرقة.

كذلك يوجد حكم في حق الصغير وهو أنه لا يجوز التصرف بماله بل التصرف لوليه أو وصيه ولكن لم ينص على أن الصغير هل يحق له أن يزوج نفسه أم لا؟ فيحكم بعدم ترك أمر الزواج له قياساً على عدم ترك التصرف له في ماله لمماثلة العلتين في التصرف والزواج وهو عدم معرفته الصالح لنفسه من الضار على أن ترك أمر الزواج للصغير نفسه أبلغ ضرراً من ترك التصرف له في المال وفي المثل العامي يقال«البنت الصغيرة لو تركت وشأنها في أمر زواجها تنزوج بالطبال أو الزمار»

أما الحكم الذي يترتب بصورة مخالفة للقياس فلا يجوز قياس غيره عليه. مثال ذلك: إن بيع الإستصناع جوز على خلاف القياس لأن بيع المعدوم باطل وقياساً كان يجب أن يكون بيع الاستصناع غير جائز ولكن جوز استثناء على خلاف القياس فلا يجوز قياس عقد آخر عليه كما أن بيع السلم أيضاً جوز على خلاف القياس فلا يجوز اعتبار أن بيع ثمر الشجر الذي لم يظهر ثمره جائزاً استناداً على جواز بيع الإستصناع أو بيع السلم لأن النص بجواز الاستصناع على خلاف القياس. مثال آخر: لو باع شخص مال قريبه لآخر بحضوره وسكت أو باعت زوجة ما بحضور زوجها مالا على أنه لها وسكت الزوج فالبيع يكون نافذاً فلو ادعى القريب صاحب المال أو الزوج أن المال المبيع هو ماله لا تسمع دعواه فعدم سماع الدعوى منه كان على خلاف القياس لأن القاعدة

«لا ينسب إلى ساكت قول» فهذا الحكم لا يقاس غيره عليه كما لو كان العقد الذي جرى غير البيع وكان إجارة أو إعارة فلو أقام الدعوى ذلك الشخص الذي حضر الإجارة أو الإعارة وادعى بأن المال ماله فالدعوى تسمع منه. كذلك لو اختلف البائع والمشتري على ثمن المبيع قبل القبض وعجز الطرفان كلاهما عن إثبات مدعاهما فبما أن البائع والمشتري كلاهما منكر دعوى الآخر يجري التحالف بينهما وهذا يكون موافقاً للقياس. أما إذا كان الاختلاف وقع بعد القبض فتكون دعوى المدعي هي طلبه الزيادة في الثمن والواجب كان الاكتفاء بتحليف المشتري المنكر زيادة الثمن مع أن هذه المسألة تجري خلافاً للقاعدة. ويجري التحالف بين المتداعيين استناداً على الحديث الشريف القائل «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وترادا» فعلى ذلك يجري التحالف بينهما ولو بعد القبض خلافاً للقياس وهذا لأن الحكم الثابت على خلاف القياس لا يقاس عليه أحكام أخرى مثلاً: لو اختلف المستأجر والمؤجر على بدل الإجارة لا يجري التحالف بينهما توفيقاً للحكم بالبيع بل القول مع اليمين للمستأجر.

«المادة ١٦» الاجتهاد لا ينقض بمثله

يعني لو اجتهد في مسألة ما من المسائل الشرعية وعمل باجتهاده أي حكم بموجب ذلك الاجتهاد ثم بدا له رأي آخر فعدل عن الأول في مسألة أخرى فلا ينقض اجتهاده الثاني حكمه الناشئ عن اجتهاده الأول. كذا لو حكم مجتهد في مسألة بموجب اجتهاده ثم حكم مجتهد ثان في تلك المسألة عينها وكان رأي الثاني مخالفاً لرأي واجتهاد المجتهد الأول فلا ينقض الحكم المستند على اجتهاد الأول.

ان للمجتهد شروطاً وصفات معينة في كتب أصول الفقه فلا يقال للعالم مجتهد ما لم يكن حائزاً على تلك الصفات. ومع ذلك فالمتأخرون من الفقهاء قد اجمعوا على سد باب الاجتهاد خوفاً من تشتت الأحكام ولأن المذاهب الموجودة وهي (المذاهب الأربعة) قد ورد فيها ما فيه الكفاية إلّا أن فريقاً من المسلمين وهم الشيعيون لم يزل باب الاجتهاد مفتوحاً عندهم للآن وفيهم المجتهدون في المسائل الشرعية كما هو الحال في بلاد العجم وبلاد عامل والعراق. والحاصل إن المجتهد لا يمكنه أن ينقض حكماً مبنياً على اجتهاده السابق كما أنه ليس لمجتهد ثانٍ أن ينقض حكماً مبنياً على اجتهاد لمجتهد سابق والسبب في ذلك أنه لا يوجد ما يرجح اجتهاداً على آخر ولا يمكن القول أو الحكم بأن الاجتهاد الثاني هو اصوب من الاجتهاد الأول لأن الاجتهاد إنما هو حصول غلبة الظن على اصابة المرمى مع احتمال الخطأ فكل اجتهاد كما يجوز أن يكون صواباً يجوز أيضاً أن يكون خطأ. فأمير المؤمنين أبو بكر الصديق (رضي الله عنه) كان يصدر بعض الأحكام بناء على اجتهاده وكان عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) يحضر جلسات الحكم ومع أن رأيه غير رأي أبي بكر في بعضها فلم ينقض شيئاً منها بعد ما عهد إليه بمنصب الخلافة.

فعليه استناداً على هذه القاعدة لا يجوز الغاء الأحكام التي يصدرها حاكم من حاكم آخر كما

أنه ليس للحاكم الواحد أن يرجع عن الحكم الذي اصدره إلاّ أنه يجوز للحاكم كما يجوز للمجتهد أن يجتهد في المسألة الثانية اجتهاداً مخالفاً لاجتهاده الأول في المسألة الأولى وأن يعطي احكاماً وآراء مخالفة لرأي أو حكم له سابق.

«مستثنى هذه القاعدة»

إذا وجدت مصلحة عامة تقتضي نقض اجتهاد ما يجوز نقضه باجتهاد لاحق.

«المادة ١٧» المشقة تجلب التيسير

يعني أن الصعوبة التي تصادف في شيء تكون سبباً باعثاً على تسهيل وتهوين ذلك الشيء وبعبارة أخرى يجب التوسيع وقت الضيق وإن التسهيلات الشرعية بتجويز عقود القرض، والحوالة، والحجز، والوصية، والسلم، واقالة البيع، والرهن، والابراء، والشركة، والصلح، والوكالة، والاجارة، والمزارعة، والمساقاة، وشركة المضاربة، والعارية، والوديعة كلها مستندة على هذه القاعدة وقد صار تجويزها دفعاً للمشقة وجلباً للتيسير وتسمى (رخصاً).

«الرخصة»

تعريفها: الرخصة لغة التوسع، واليسر، والسهولة، وفي اصلاح الفقهاء: هي الأحكام التي ثبتت مشروعيتها بناء على الاعذار مع قيام الدليل المحرم توسعاً في الضيق. مثال: أن بيع السلم بيع معدوم وبما أن بيع المعدوم باطل كما جاء في المادة (٢٠٥) فكان من الواجب عدم تجويز هذا البيع. إلاّ أن احتياج الناس قبل الحصول على محصولاتهم للنقود قد جوز هذا العقد تيسيراً وتسهيلاً لهم كذلك للتيسير والتسهيل قد منح للمشتري خيار الغبن والتغرير وجوز سماع شهادة النساء في الأشياء التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها. وجعل العقد الذي يحصل في البيع والاجار والهبة والصلح على المال والاقرار والابراء وتأجيل الدين واسقاط الشفعة الناشئ عن اجبار واكراه غير معتبر. وكذلك أكتفي بأن يشاهد المشتري كومة القمح أو الشعير بدلاً من أن يشاهد كل قمحة أو شعيرة يشتريها حتى يزول حق خيار الرؤية لأنه لو لزم أن يرى المشتري كل حبة من الكومة لاستوجب ذلك صعوبة في البيع والشراء. كذلك اكتفي في الثياب برؤية الثوب من طرفه دون أن يراه المشتري جميعه وكذلك جوز بيع الوفاء دفعاً للماطلة المدين وتسهيلاً للدائن لأن يستوفي دينه. وجوز أيضاً خيار الشرط في البيع لمن له الخيار دفعاً للغرم الذي قد يحصل للبائع والمشتري بعد حصول البيع، وجوز زواج المرأة بدون النظر إليها لأنه لو لم يجُز ذلك لامتنع الكثيرون عن تزويج بناتهم غيرة عليهن من رؤية الخاطبين، وجوز وشرع الطلاق للتسهيل والتوسيع على الناس لأن بقاء الزوجية حال وجود النفور والكراهية بين الزوجين مشقة عظمى وبلية كبرى عليهما معاً. وجوزت الوصية ليتمكن الذي لم يوفق لعمل الخير في حياته من اجرائه بعد وفاته.

وأخيراً يجب أن يعلم أن المشقة تجلب التيسير إذا لم يوجد نص وإما إذا وجد النص فلا يجوز العمل خلاف ذلك النص بداعي جلب التيسير وازالة المشقة.

﴿المادة ١٨﴾ الأمر إذا ضاق اتسع

هذه المادة مأخوذة من القاعدة الشرعية الموجودة في كتاب الاشباه والنظائر وقد ذكر الحموي أن الإمام الشافعي هو واضعها.

الاتساع: مأخوذ من الوسع والتوسيع ضد التضييق. والمفهوم من هذه القاعدة إنه إذا شوهد ضيق ومشقة في فعل أو أمر يجب إيجاد رخصة وتوسعة لذلك الضيق فلازالة المشقة تجوز الأشياء غير الجائزة قياساً والمغايرة للقواعد وقد ذكر الحموي أن هذه القاعدة بمعنى القاعدة التي سبق شرحها وهي «المادة ١٧».

﴿المادة ١٩﴾ لا ضرر ولا ضرار

يجب أن لا يفهم من كلمة (لاضرر) أنه لا يوجد ضرر بل الضرر في كل وقت موجود والناس لا يزالون يفعلونه وإنما المقصود هنا أنه لا يجوز الضرر أي الأضرار ابتدأ كما لا يجوز الضرار أي إيقاع الضرر مقابلة لضرر. هذه القاعدة وإن كانت عامة فهي من نوع العام المخصوص لا تصدق إلّا على قسم مخصوص مما تشمله لأن التعازير الشرعية ضرر ولكن اجراءها جائز كذلك الدخان الذي ينتشر من مطبخ دار شخص إلى دار جاره يعد ضرراً لأنه قد يضر بالجيران مباشرة أو يسبب اشتهاء الأطعمة للفقراء منهم فينشأ عن ذلك ضرر لهم، كذا لو وجد في دار شخص شجرة كانت سبباً لأن يستفيد منها الجار كالاستظلال بها فقطعها موجب لضرر الجار أيضاً. فهذه الأضرار وما ماثلها يجوز اجراؤها ولا تدخل تحت هذه القاعدة لأنها كما ذكرنا هي من قسم العام المخصوص. وتشتمل هذه القاعدة على حكمين الأول أنه لا يجوز الاضرار ابتداء أي لا يجوز للانسان أن يضر شخصاً آخر في نفسه وماله لأن الضرر هو ظلم والظلم ممنوع في كل دين وجميع الكتب السماوية قد منعت الظلم. مثال: لو كان لشخص حق المرور من طريق شخص آخر فلا يجوز منع ذلك الشخص عن المرور في تلك الطريق. كما أنه لا يجوز لشخص أن يبيع مالاً معيباً لشخص آخر بدون أن يذكر العيب الموجود في المال وأن اخفاء عيب المبيع عن المشتري اضرار به وهو حرام وممنوع شرعاً.

كذا لا يجوز لأهل قرية أن يمنعوا شخصاً من أن يسكن في قريتهم بداعي أنهم لا يريدون أن يساكنوه لأن عملهم هذا ضرر واجراء الضرر ممنوع كما قلنا. **هذا وأن جواز اجراء الأفعال المباحة مشروط بعدم ترتب ضرر لأحد باجرائها. مثلاً: ان الصيد هو** من الأفعال المباحة وجائز إلّا أن كيفية الصيد إذا كانت موجبة لنفور الحيوانات أو مسببة لخوف واضطراب الأهلين

يمنع الصياد من الصيد. **كذلك تصرف الإنسان في ملكه مقيد بعدم حصول ضرر بليغ لجيرانه.** مثال: يجوز لصاحب الأرض أن ينشيء داراً ويفتح نوافذ ولكن إذا كانت النوافذ المراد فتحها تكشف مقر نساء الجيران يمنع صاحب الملك من فتح تلك النوافذ.

أما حكم الفقرة الثانية من هذه المادة وهو أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله وهو الضرار كما لو أضر شخص آخر في ذاته أو ماله لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص بضرر بل يجب عليه أن يراجع الحاكم ويطلب إزالة ضرره بالصورة المشروعة. كذلك لو أتلف شخص «كرماً» لآخر مثلاً فليس للمتضرر أن يقابل الشخص الذي أضره باتلاف كرمه بل عليه كما ذكرنا مراجعة المحكمة وإذا لم يعمل على مراجعتها واتلف كرم المتلف لكرمه فكما يحكم على المتلف الأول يحكم على المتلف الثاني ويكونان ضامنين بما اتلفا. كذلك لو أخذ شخص نقوداً مزيفة من شخص آخر فليس له أن يعطيها لغيره.

﴿المادة ٢٠﴾ الضرر يزال

لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم ايقاعه. واقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضاً فيجب ازالته فتجويز خيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار النقد، وخيار الغبن، والتغرير، ورد المبيع بخيار الشرط، والحجر، والشفعة، وتضمين المال المتلف للمتلف، والاجبار على قسمة الأموال المشتركة إنما هو بقصد ازالة الضرر. فخيار العيب شرع لإزالة ضرر المشتري الذي يأخذ مالاً معيباً مع ظنه أنه مال سالم من العيب وحق الشفعة جوز لمنع الضرر الذي يحصل من سوء الجوار لأن المساكن كما لا يخفي تغلو وترخص بجيرانها كذلك لو أن شجرة في بستان شخص كبرت وتدلت اغصانها على دار جاره وكان من جراء ذلك ضرر للجار فيجب إزالة الضرر بقطع الاغصان أو بربطها وسحبها للداخل. كذا لو احدث شخص بناء في ملكه وتسبب عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لا تستطاع معها القراءة والكتابة وبما أن ذلك ضرر فاحش يزال توفيقاً للمادة (١٢٠١) من المجلة كذلك يمنع الأشخاص الذين يزيفون النقود عن اجراء صناعتهم أيضاً وإذا وجد لشخص نحل عسل والنحل يأكل اثمار جاره الموجودة في بستانه يحكم بابعاد النحل من ذلك المكان دفعاً للضرر.

﴿المادة ٢١﴾ الضرورات تبيح المحظورات

الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشئ الممنوع.

المباح: والمباح شرعاً هو الشيء الذي يجوز تركه وفعله في نظر الشرع والمقصود من المباح هنا ما ليس به مؤاخذة وأن اباحة الضرورة للمحظورات تسمى في علم أصول الفقه رخصة وقد اتضح ذلك في المادة (١٧) والرخصة هي الشيء الذي يشرع ثابتاً بناء على الاعذار وهي الشيء

المباح مع بقاء المحرم والحرمة أي كما أنه يؤاخذ فاعل الشيء المباح لا يؤاخذ فاعل الشيء المرخص أيضاً. مثال : لو أن شخصاً أكره آخر على اتلاف مال الغير فبوقوع الاكراه أي الضرورة لا تزول الحرمة الناشئة عن اتلاف مال الغير إلا أن المكره لا يؤاخذ للاتلاف الذي حصل منه لان العمل بالرخصة ثابت باجماع الائمة وتفصيل ذلك عائد لأصول علم الفقه ولنورد هنا بعض الأمثلة توضيحاً لهذه القاعدة. مثال: أن التعرض لمال الغير واتلافه ممنوع كما سيجيء في المادتين (٩٦و٩٧) إلاّ أنه لو اصبح شخص في حال الهلاك من الجوع فله أخذ مال الغير ولو بالجبر على شرط اداء ثمنه فيما بعد أو استحصال رضاء صاحب المال كما أنه يجوز للشخص أن يقتل الجمل الذي يصول عليه تخليصاً لحياته ففي هذين المثالين أصبح من الجائز اتلاف وأخذ مال الغير بصورة الجبر. مثال آخر: إذا أكره شخص آخر على اتلاف مال الغير بقوله اقتلك أو اقطع عضواً من اعضائك فيصبح اتلاف المال مباحاً لذلك الشخص والضمان يلزم المجبر.

ان الضرورات لا تبيح كل المحظورات بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات أما إذا كانت الممنوعات أو المحظورات أكثر من الضرورات فلا يجوز اجراؤها ولا تصبح مباحة . مثال: لو أن شخصاً هدد آخر بالقتل أو بقطع العضو وأجبره على قتـل شخص فلا يحق للمكـره أن يوقـع القتل لأن الضرورة هنا مساوية للمحظور بل أن قتل المكره أخف ضرراً من أن يقتل شخصاً آخر فوالحالة هذه إذا أوقع ذلك المكره القتل يكون حكمه حكم القاتل بلا اكراه أما من جهة القصاص فينفذ في حق كل من المجبر والمكره.

«المادة ٢٢» ما ابيح للضرورة يتقدر بقدرها

أي أن الشيء الذي يجوز بناء على الضرورة يجوز اجراؤه بالقدر الكافي لازالة تلك الضرورة فقط ولا يجوز استباحته أكثر مما تزول به الضرورة. مثلاً: لو أن شخصاً كان في حالة الهلاك من الجوع يحق له اغتصاب ما يدفع جوعه من مال الغير لا أن يغتصب كل شيء وجده مع ذلك الغير كذلك جوز البيع بخيار التعيين في شيئين أو ثلاثة لا ازيد كأربعة أشياء أو خمسة إذ لا ضرورة تدعو للزيادة لأن ما ابيح للضرورة إنما يتقدر بقدرها كذلك لو أحدث شخص نافذة تشرف على مقر نساء الجيران فيؤمر بازالة الضرر عن الجار بصورة تمنع الضرر فقط ولا يجبر صاحب النافذة على سدها بالكلية.

الضرورة: هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً.

الحاجة: أما الحاجة فإنها وإن كانت حالة جهد ومشقة فهي دون الضرورة ولا يتأتى معها الهلاك فلذا لا يستباح بها الممنوع شرعاً. مثال ذلك: الصائم المسافر بقاؤه صائماً يحمله جهداً ومشقة فيرخص له الافطار لحاجته للقوة على السفر.

﴿المادة ٢٣﴾ ما جاز لعذر بطل بزواله

يعني أن الأشياء التي تجوز بناء على الأعذار والضرورات إذا زالت تلك الأعذار والضرورات بطل الجواز فيها. مثال ذلك: الشهادة على الشهادة إنما جوزت بناء على عدم تمكن الشاهد الأصيل من حضور مجلس الحكم لمرض مقعد أو غيبة بعيدة. مثلاً: فإذا أبل الشاهد الأصيل من مرضه أو حضر الغائب من غيبته لا تجوز الشهادة على الشهادة كذلك يحق للمستأجر فسخ الإيجار إذا حصل عيب حادث في المأجور ولكن إذا كان المؤجر قبل فسخ الإيجار أزال ذلك العيب فلا يبقى محل لفسخ الإيجار كذلك لو أن شخصاً استأجر داراً من آخر والمؤجر أبقى أمتعته في إحدى الغرف ولم يسلم تلك الغرفة فالمستأجر هنا مخير في فسخ الإجارة أو الدوام عليها فإذا أخلى المؤجر تلك الغرفة قبل أن يفسخ المستأجر الإجارة فلا يحق له حينئذ فسخها لأن العذر الذي كان يحق للمستأجر أن يفسخ الإجارة استناداً عليه قد زال.

﴿المادة ٢٤﴾ إذا زال المانع عاد الممنوع

يعني إذا كان شيء جائزاً ومشروعاً ثم امتنع حكم مشروعيته بمانع عارض فإذا زال ذلك المانع يعود حكم مشروعيته. مثال: إذا اشترى شخص شيئاً وبعد حصول عيب حادث في ذلك الشيء اطلع على عيب قديم فيه فحينئذ لا يجوز للمشتري رد المبيع بل له الرجوع على البائع بنقصان الثمن أي فرق الثمن فقط. فإذا زال ذلك العيب الحادث المانع من رد المبيع فللمشتري بعد أن يعيد للبائع نقصان الثمن رد المبيع بالعيب القديم. كذلك إذا شهد صبي أو أعمى بقضية وردت شهادته بسبب الصغر والعمى فبعد بلوغ الشاهد أو زوال العمى تقبل شهادته لأن المانع من قبول الشهادة كان العمى وصغر السن. كذلك إذا اشترى شخص فرساً من آخر بخيار الرؤية. وبعد قبض المبيع ولدت عنده فليس للمشتري رد المبيع بخيار الرؤية. أما إذا مات المهر المولود فيكون قد زال المانع فيعود للمشتري حق الخيار. كذلك المشتري إذا غرس أشجاراً في الأرض المشتراة أو أنشأ فيها بناء فلا يحق للبائع طلب فسخ البيع بدعوى وجود فساد في العقد لأن ذلك موجب لضرر المشتري. إذ أنه يقتضي أن يقلع أشجاره أو يهدم بناءه. أما إذا خلعت الأشجار أو هدم البناء بآفة أو من المشتري نفسه يحق للبائع أن يدعي بفساد البيع ويطلب فسخ العقد لزوال المانع. كذلك بيع المكره لا يكون نافذاً والسبب في ذلك المحافظة على مال المكره إذ لا يجوز إخراجه من حوزة صاحبه إلا برضاء منه أما إذا أجازه المكره برضائه بعد زوال الإكراه يصبح البيع نافذاً. كذلك التناقض مانع من سماع الدعوى فإذا تناقض شخص في دعواه لا تسمع منه الدعوى الثانية إلا أنه بتصديق الخصم أو تكذيب الحاكم يزول التناقض وتصبح الدعوى الثانية مسموعة لزوال المانع.

«المادة ٢٥» الضرر لا يزال بمثله

ولا بأكثر منه بالأولى إذاً يشترط بأن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه.
مثال: لو أن شخصاً فتح حانوتاً في سوق وجلب أكثر المشترين لجانبه بصورة أوجبت الكساد على باقي التجار فلا يحق للتجار أن يطالبوا بمنع ذلك التاجر عن المتاجرة بداعي أنه يضر بمكاسبهم لأن منع ذلك التاجر عن التجارة هو ضرر بقدر الضرر الحاصل للتجار الآخرين. كذلك الشركة بالأموال هي ضرر ولذلك قد جوزت القسمة بين الشركاء إزالة للضرر والحاكم عند الإيجاب يحكم بالمقاسمة بين الشركاء جبراً. أما إذا كان المال المشترك طاحوناً وطلب أحد الشركاء تقسيمه فلأن تقسيم الطاحون يوجب ضرر الشركاء الآخرين الذين يرفضون المقاسمة فالحاكم لا يجيز الشركاء على المقاسمة حيث يكون قد أزال الضرر بمثله أو بأكثر منه. كذلك يجوز لمن تحقق الهلاك جوعاً أن يأخذ من غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه غصباً. لكن لو كان صاحب المال محتاجاً إليه كاحتياجه له وبأخذه منه يصبح معرضاً للهلاك أيضاً لا يحق له أن يأخذه منه إذ أنه بدفع ضرره يجلب ضرراً لغيره مساوياً لضرره. كذلك إذا ظهر في المبيع عيب عند المشتري لا يحق له رد المبيع لوجود عيب قديم فيه إلا أنه يحق للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن أي بالفرق بين قيمة المبيع معيباً وقيمته سالماً.

«المادة ٢٦» يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام

بما أن الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه فيدفع الضرر العام به فمنع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس من مزاولة صناعتهم ضرر لهم إلا أنه خاص بهم ولكن لو تركوا وشأنهم يحصل من مزاولتهم صناعتهم ضرر عام كإهلاك كثير من الناس بجهل الطبيب، وتضليل العباد مع تشويش كثير في الدين بمجون المفتي، وغش الناس من المكاري وكذلك جواز هدم البيت الذي يكون أمام الحريق منعاً لسراية النار. كذلك إذا كانت أبنية آيلة للسقوط والانهدام يجبر صاحبها على هدمها خوفاً من وقوعها على المارة. كما أنه يجوز تحديد أسعار المأكولات عند طمع التجار في زيادة الأرباح زيادة تضر بمصالح العامة وكذلك يمنع إخراج بعض الذخائر والغلال من بلدة لأخرى إذا كان في إخراجها ارتفاع الأسعار في البلدة. وكذلك يمنع الطباخ من فتح دكانه في سوق التجار خوفاً من لحوق التلف ببضائع التجار من دخان طعامه.

«المادة ٢٧» الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

يعني أن الضرر تجوز إزالته بضرر يكون أخف منه ولا يجوز أن يزال بمثله أو بأشد منه حسب ما وضحنا بالمواد السابقة. مثال: إذا أحدث المشتري في العقار المشفوع أبنية فلو أجبر المشتري والحالة هذه على قلعها وتسليم العقار المشفوع للشفيع يتضرر المشتري كما انه إذا اجبر الشفيع على اخذ المشفوع مع دفع قيمة البناء الذي أحدثه المشتري يتضرر أيضاً بإجباره على دفع نقود ثمناً

للبناء المحدث زيادة عن قيمة المشفوع إلَّا أن هذا الضرر أخف من ضرر المشتري فيما لو أجبرناه على قلع البناء إذ يضيع ما أنفقه على البناء بلا مقابل بخلاف الشفيع فإنَّه يأخذ مقابل الثمن الذي يدفعه البناء أو الشجر. إذاً فضرر الشفيع أخف من ضرر المشتري فيختار ويكلف ذلك الشفيع بأخذ الأبنية ودفع القيمة للمشتري. كذلك إذا دخل فرس «تساوي قيمته ثلاثين جنيهاً» رأسه في إناء شخص تساوي قيمته ثلاث جنيهات مثلاً ولا يمكن إخراج رأس الفرس من الإناء إلا بكسره فخوفاً من موت الفرس يدفع صاحبه قيمة الإناء لصاحبه ويكسره لأن ذلك أخف ضرراً من موت الفرس كما لا يخفى. كذلك لو كان لشخص (ريشة) قلم تساوي جنيهين وسقطت في دواة لشخص آخر تساوي عشرة قروش وكان غير ممكن إخراج الريشة بدون كسر الدواة فدفعاً للضرر الأشد يكلف صاحب الريشة أن يدفع العشرة القروش ليكسر الدواة ويستخرج ريشته. كذلك لو أن دجاجة اختطفت لؤلؤة لأحد الناس تساوي مبلغاً فدفعاً للضرر الأشد يدفع صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة ليذبحها ويستخلص لؤلؤته.

﴿المادة ٢٨﴾ إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما

لأن الضرورات تبيح المحظورات كما وضحنا في المادة ٢١ فإذا وجد محظورات وكان من الواجب أو من الضروري ارتكاب احد الضررين فيلزم ارتكاب أخفهما وأهونهما أما إذا كانا متساويين فيرتكب أحدهما لا على التعيين كما لو ركب رجل في سفينة فاحترقت تلك السفينة فهو مخير بين أن يبقى في السفينة وبين أن يلقي بنفسه إلى البحر لتساوي المحظورين على أنه لا يعد في كلا الحالين منتحراً ولا يكون آثماً.

﴿المادة ٢٩﴾ يختار أهون الشرين

هذه المادة مأخوذة من قاعدة (إن من ابتلي ببليتين يأخذ بأيتهما شاء فإن اختلفتا يختار أهونهما لأن مباشرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة ولا ضرورة في ارتكاب الزيادة) وحيث أن هذه المادة عين المادة ٢٨ فلا حاجة لشرحها.

﴿المادة ٣٠﴾ درء المفاسد أولى من جلب المنافع

أي إذا تعارضت مفسدة ومصلحة يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة فإذا أراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له ولكنه من الجهة الأخرى يستلزم ضرراً مساوياً لتلك المنفعة أو أكبر منها يلحق بالآخرين فيجب أن يقلع عن إجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة. لأن الشرع اعتنى بالمنهيات أكثر من اعتنائه بالمأمور بها. مثال: يمنع المالك من التصرف في ملكه فيما إذا كان تصرفه يورث الجار ضرراً فاحشاً أو كما سيجيء في المواد ١٩٢، ٢٠٧، ١٢٠٨ إلا

أن المنفعة إذا كانت فائدتها أزيد بكثير مما يترتب على المفسدة من الأضرار فتقدم المنفعة ولا ينظر إلى المفسدة القليلة مثال: إن التكلم بالكذب مفسدة ولكن إذا أريد به إصلاح ذات البين يجوز على قدر الحاجة إليه. كذلك لو أراد متغلب ظالم أخذ الوديعة من المستودع غصباً عنه فللمستودع أن يكذب وينكر وجود وديعة عنده محافظة عليها.

﴿المادة ٣١﴾ الضرر يدفع بقدر الإمكان

يعني لو دخل عليك سارق مثلاً فادفعه عنك بقدر إمكانك فإذا كان ممن يندفع بالعصا فلا تدفعه بالسيف كذا إذا اغتصب شخص مال آخر واستهلكه فلأن إرجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير ممكن يضمن الغاصب مثل ذلك المال إذا كان من المثليات وقيمته إن كانت من القيميات. كذلك إذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشتري ثم ظهر عيب له قديم فلأن العيب الحادث مانع للمشتري من أن يرد المبيع بالعيب القديم فيزال الضرر بقدر الإمكان وذلك بأن يرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن.

﴿المادة ٣٢﴾ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة

ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء لأنه لما كثرت الديون على أهل بخارى مست الحاجة إلى ذلك وصار مرعياً. هذه المادة مأخوذة من الأشباه والنظائر.

ويفهم منها أن بيع الوفاء كان ممنوعاً وقد جوز بناء على الضرورة لأن استفادة المقرض زيادة عن بدل القرض ربا وممنوع شرعاً وبيع الوفاء من هذا القبيل غير جائز أصلاً ولكن حسب ما هو مذكور في هذه القاعدة قد اجتهدت الفقهاء بناء على احتياج أهالي بخارى في ذلك الزمن تجويزه.

إن تجويز بيع السلم وبيع الاستصناع مستند على هذه القاعدة أيضاً لأن بيع السلم هو بيع معدوم وقياساً يجب أن يكون بيعاً باطلاً ولكن قد جوز بيع السلم وبيع الاستصناع للاحتياج والضرورة العمومية لأنه لا يخفى أن أكثر الفلاحين في غالب السنين يصبحون باحتياج شديد للنقود قبل إدراك محصولهم فدفعاً لاحتياجهم هذا قد جوز بيع السلم وكذلك جوزت أيضاً إجازة الاغتسال في الحمام مع أنها قياساً غير جائزة لأن المنفعة فيها مجهولة وغير معينة لأنه لا يمكن تعيين المدة التي يقضيها المغتسل في الحمام ومقدار الماء الذي يصرفه إلا أنه للضرورة العمومية قد جوزت وكذلك وجود خيار التعيين بالمبيع يجعل المبيع مجهولاً ولكن قد جوز هذا المبيع بناء على الاحتياج إليه لأن بعض الناس لا يمكنه أن يشتري شيئاً بدون سؤال واستشارة العارفين.

﴿المادة ٣٣﴾ الاضطرار لا يبطل حق الغير

معنى الاضطرار هنا الإجبار على فعل الممنوع والاضطرار على قسمين أحدهما ينشأ عن سبب

داخلي ويقال له (سماوي) كالجوع مثلا. أما القسم الثاني هو الاضطرار الناشئ عن سبب خارجي ويقال له (اضطراري غير سماوي) وهو نوعان الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ.

والذي يفهم من هذه القاعدة أنه لو أصاب إنسان مال الغير بناء على الاضطرار الذي يجوز له التصرف بمال الغير فلا تكون الاصابة الناشئة عن الاضطرار سبباً لأن يكون المتلف غير ضامن بل يجب على المستهلك أو المتلف أن يضمن قيمة المال المتلف. مثال ذلك: لو أن شخصاً جاع جوعاً شديداً وأصبح عرضة للتلف أي للموت فله الحق وفقاً للمادة ٢١ بأن يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه بدون إذن صاحب المال إلاَّ أنه يجب عليه من الجهة الأخرى أن يضمن قيمة المال المتلف إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات ولا يكون الإضطرار على استهلاك ذلك المال سبباً للتخلص من دفع قيمته والحاصل أن الاضطرار وإن أباح للمضطر تناول وإتلاف مال الغير دون أن يترتب عليه عقاب لا يكون سبباً للخلاص من الضمان.

وكذا لو هجم جمل صائل على شخص وأصبحت حياته مهددة فله إتلاف الجمل تخليصاً لحياته من يد الهلاك إلاّ أنه يجب عليه أن يدفع قيمة الجمل لصاحبه وهنا إذا اعترض بقاعدة أن الضرورات ما دامت تبيح المحظورات فيجب عدم الضمان. فرداً على ذلك نقول القصد من الإباحة هذه إنما هو تجويز إتلاف المال بدون رضا صاحبه وإن لا يعد الفاعل غاصباً إلاّ أنه من الجهة الأخرى يجب الضمان لأن الإباحة لا تكون سبباً لضياع الحقوق على ذويها. وكذلك إذا استأجر شخص قارباً ساعة من الزمن وبعد أن وصل إلى عرض البحر انقضت مدة الإجارة فمقتضى القاعدة أنه يجب على الراكب أن يبارح القارب في الحال إلاّ إذا رضي المؤجر أن يؤجره ثانية ولكن بما أنه يوجد هنا اضطرار فصاحب السفينة مجبر على أن يبقى المستأجر في القارب حتى يخرج به إلى البر ولكن هذا الإجبار لا يمنع المؤجر من أن يطالب المستأجر بدفع أجرة المثل عن المدة الزائدة وفقاً للمادة (١٠٠٧) الناصة على أن الضمان في الإكراه الملجئ على المجبر وفي غير الملجئ على المكره ووجود الإكراه على إتلاف المال لا يضيع حق صاحب المال في تضمين قيمة ماله المتلف.

﴿المادة ٣٤﴾ ما حرم أخذه حرم إعطاؤه

يعني أن إعطاء الحرام وأخذه سواء في الحرمة، كما أن المكروه أخذه وإعطاؤه مكروه فالرشوة مثلاً كما حرم أخذها حرام إعطاؤها من الراشي حتى لو دفع الوصي في دعوة القاصر رشوة للحاكم من مال القاصر يضمن وكذلك أخذ الدجال الذي يفتح البخت والأشخاص المشعوذين دراهم من الناس ممنوع وحرام كما أن إعطاء الناس لهم ممنوع وحرام أيضاً وكذا النائحة أخذها وإعطاؤها الأجرة حرام وممنوع

«مستثنيات هذه القاعدة»

إن لهذه القاعدة مستثنيات وهي: لو اغتصب غاصب مال قاصر فيحق للوصي أن يعطي

الغاصب قسماً من المال المغصوب كي يسترده فهنا أخذ الغاصب ذلك المال حرام وممنوع إلّا أن إعطاءه من الوصي لاسترداد المال جائز.

﴿المادة ٣٥﴾ ما حرم فعله حرم طلبه. كالسرقة لا تطلب من أحد يسرق

يعني أن كل شيء يكون إجراؤه حراماً فطلب إيقاعه حرام أيضاً. وهذه المادة تقرب من المادة ٣٤ التي سبق شرحها. مثال ذلك: إن أخذ الرشوة والشهادة الكاذبة وظلم الناس أو سرقة مال الناس من الأفعال الممنوعة فطلب إجراء ذلك من شخص آخر كأن يقال له ادفع رشوة أو اشهد بكذا زوراً أو أن يغري بالظلم أو ارتكاب السرقة حرام وممنوع أيضاً إلّا أن تحليف اليمين مستثنى من هذه القاعدة وتفصيل ذلك أن حلف اليمين كذباً حرام لكن تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين الكاذب ليس بحرام لأنه إذا لم يجز تحليف اليمين للشخص المنكر تضيع الفائدة المترتبة عليه وهي رجاء النكول الذي بسببه يتبين حق المدعي.

﴿المادة ٣٦﴾ العادة محكمة

يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي. هذه المادة هي نفس القاعدة المذكورة في كتاب الأشباه وكتاب المجامع ومعنى محكمة أي هي المرجع عند النزاع لأنها دليل يبنى عليه الحكم وهي مأخوذة من الحديث الشريف القائل «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

تعريف العادة: هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة. على أن لفظة العادة يفهم منها تكرر الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجاري صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم. والعرف بمعنى العادة أيضاً.

وقد أوضحت المجلة هذه المادة بقولها: إن العادة عامة أو خاصة تجعل حكماً لإثبات (حكم شرعي) والعرف والعادة إنما تجعل حكماً لإثبات الحكم الشرعي إذا لم يرد نص في ذلك الحكم المراد إثباته فإذا ورد النص عمل بموجبه ولا يجوز ترك النص والعمل بالعادة لأنه ليس للعباد حق تغيير النصوص والنص أقوى من العرف لأن العرف قد يكون مستنداً على باطل كما سيأتي في شرح المادة (٣٧). أما نص الشارع فلا يجوز مطلقاً أن يكون مبنياً على باطل فلذلك لا يترك القوي لأجل العمل بالضعيف. على أن الإمام أبا يوسف يقول: إذا تعارض النص والعرف ينظر فيها إذا كان النص مبنياً على العرف والعادة أم لا؟ فإذا كان النص مبنياً على العرف والعادة ترجح العادة ويترك النص. وإذا كان النص غير مستند إلى عرف وعادة يعمل بالنص ولا عبرة بالعادة ومع ذلك يجب أن لا يفهم أن حضرة الإمام أبي يوسف يذهب في رأيه إلى ترك النص والعمل بالعرف والعادة فالنص أقوى من العرف والعادة من غير شبهة حتى النص الذي يصدر من الناس وإنما رأيه بمثابة

تأويل للنص. مثال ذلك: إن وضع الطعام أمام الضيف بحكم العرف والعادة اذن له بأن يتناول من ذلك الطعام إلّا أن صاحبَ البيت إذا منع الضيف من تناول الطعام فقد صدر منه نص بخلاف العرف والعادة فعلى الضيف أن يعمل بحكم النص ويمتنع عن الطعام ولا يعمل بالعرف والعادة فإذا أكل يكون مخالفاً للنص فيضمن

والعرف والعادة يكونان على وجهين الأول يقسم إلى ثلاثة أقسام:

١ - العرف العام

تعريف العرف العام: هو عرف هيئة غير مخصوص بطبقة من طبقاتها وواضعه غير متعين والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفاً للقياس. مثال ذلك: إذا حلف شخص قائلاً «والله لا أضع قدمي في دار فلان» يحنث سواء دخل تلك الدار ماشياً أو راكباً أما لو وضع قدمه في الدار دون أن يدخلها لا يحنث لأن وضع القدم في العرف العام بمعنى الدخول

٢ - العرف الخاص

تعريفه: هو اصطلاح طائفة مخصوصة على شيء كاستعمال علماء النحو «لفظة الرفع» وعلماء الأدب كلمة «النقد».

٣ - العرف الشرعي

هو عبارة عن الاصطلاحات الشرعية «كالصلاة والزكاة والحج، فباستعمالها في المعنى الشرعي أهمل معناها اللغوي

هذا وفي الحكم بالعرف العام والعرف الخاص فرق وإليك التفصيل:

يثبت بالعرف العام حكم عام. مثال ذلك: لو حلف شخص فقال «لا أضع قدمي في دار فلان» فبما أن معنى ذلك في اللغة (لا أضع رجلي) وفي العرف العام (لا أدخل) يثبت ذلك في حق العموم. أما العرف الخاص فأنه يثبت به حكم خاص فقط. مثال ذلك: لو تعورف في بلدة وقف المنقول غير المتعارف وقفه في غيرها يحكم بصحة وقف ذلك المنقول فيها فقط. وكذا إذا كان إعطاء أجزاء النقود بدلاً عن أصل النقود جائزاً عرفاً في بلدة يحكم بصحة إعطاء الأجزاء في تلك البلدة فقط ولا يجوز في غيرها.

والوجه الثاني يقسم أيضاً إلى قسمين: (١) العرف العملي (٢) والعرف القولي.

العرف العملي: كتعود أهل بلدة مثلاً أكل لحم الضان أو خبز القمح فلو وكل شخص من تلك البلدة آخر بأن يشتري له خبزاً أو لحماً فليس للوكيل أن يشتري للموكل لحم جمل أو خبز ذرة أو شعير استناداً على هذا الإطلاق وهذا العرف عند الحنفية يسمى عرفاً عاماً مخصصاً أي عرف مقيد

العرف القولي: وهو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه

إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه وهذا العرف أيضاً يسمى عند الحنفية والشافعية عرفاً مخصصاً. مثال ذلك: لو قال شخص في الحال الحاضر لآخر اشتر لي فرس فلان بعشرة جنيهات ولم يعين النوع فللوكيل أن يشتري الفرس بعشرة جنيهات مصرية وهي العملة المتعامل بها في فلسطين وكذا لو قال هذا القول قبل النفير العام فيحمل على الليرات الإفرنسية التي كانت مستعملة حينئذ ولا يحق للوكيل أن يشتري ذلك الفرس بجنيهات انكليزية مثلاً.

إن المادة (٢٣٠) تذكر أن الأشياء التي تدخل في البيع عادة تدخل في البيع بدون ذكر لها. مثال ذلك: يدخل ضمن بيع الفرس رسنه ولو لم يذكر للمشتري أخذه وكذا يجوز إعطاء أجزاء المسكوكات بدل أصلها في بلدة إذا كان ذلك متعارفاً فيها راجع مادة (٢٤٤).

وكذلك إذا كان العرف في بلدة في البيع المطلق يدفع مقسطاً يعتبر ثمن المبيع مقسطاً حسب العرف إنظر المادة (٥٧٦) وكذا إذ وضع رجل ولده عند صاحب صنعة بقصد تعلمها ولم يشترط أحدهما على الآخر أجرة وبعد أن تعلم الولد الصنعة طالب كل منهما الآخر بالأجرة يعمل بعرف البلدة فإذا كانت الأجرة عادة على المعلم يجبر عليها وإن كانت على الصبي المتعلم يجبر على دفعها للمعلم وإن كانت العادة لا تقضي على كل منهما يحكم بمقتضاها أنظر المادة (٥٦٩) كذلك يجب على المكاري وضع الحمل داخل الدار أو المخزن إن كان ذلك متعارفاً أنظر مادة (٥٧٥) كذلك استئجار المرضع جائز عملاً بالعرف والعادة مع أنها في الأصل إجارة فاسدة لجهل المنفعة.

﴿المادة ٣٧﴾ استعمال الناس حجة يجب العمل بها

يعني أن وضع اليد على شيء والتصرف فيه دليل على الملك ظاهراً واستعمال الناس إن كان عاماً يعد حجة في حق العموم وإن كان خاصاً ببلدة مثلاً لا يكون حجة خلافاً لمشايخ بلخ فإنهم يرونه حجة في تلك البلدة ويكون حينئذ من العرف الخاص الذي بيناه فيثبت به حكم خاص. واعتبار الإجماع العمومي الشرعي حجة يعمل بها إنما هو لاستحالة تواطؤ ذلك الجمع على الكذب والضلال والحاصل أن استعمال الناس غير المخالف للشرع ولنص الفقهاء يعد حجة كالبيع بالوفاء وبيع السلم مثلاً فقد اتفق الفقهاء وأجمع الناس على جوازه لما مست الحاجة إليه مع أنه في الأصل غير جائز. مثال ذلك: إذا استعان شخص على شراء مال وبعد وقوع البيع والشراء طلب المستعان به من المستعين أجرة فينظر إلى تعامل أهل السوق فإذا كان معتاداً في مثل هذه الحال أخذ أجرة فللمستعان به أخذ الأجرة المثلية من المستعين وإلاّ فلا. وكذلك لو أهدى شخص شيئاً كالتفاح مثلاً في صحن يجب رد الصحن لأنه يرد عادة ولو أهدى بلحاً أو عنباً في سل لا يرد السل لصاحبه لجريان العادة بعدم رد السل. وكذلك لو استأجر شخص عاملاً ليعمل له في بستانه يومياً فتعيين وقت العمل من اليوم عائد إلى العرف والعادة في تلك البلدة وكذلك لو تعورف في بلدة وقف المنقول كوقف الكتب الشرعية والعلمية والمصاحف الشريفة حكم بجوازه ويكون الوقف صحيحاً مع ان وقف المنقول في الأصل غير صحيح.

إن العرف والعادة يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين كما لو استأجر شخص آخر لأن يعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة فليس للمستأجر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك بل يتبع المدة المعينة بينهما.

قد ذكرنا أن اجتهاد الإمام أبي يوسف في النص أنه إذا كان مبنياً على العرف والعادة كالحديث الوارد في الذهب والفضة أنهما من الموزونات والملح والشعير والبر من المكيلات يترك ويصار إلى العرف والعادة إذا تبدلت بتبدل الأزمان فالذهب والفضة في زماننا يقربان أن يكونا عدديين والتمر والملح أصبحا وزنيين والقمح والشعير كادا أن يصيرا وزنيين وأما إذا كان النص غير مستند على العرف والعادة فيعتبر النص ولا يصار إلى العرف والعادة خلافاً للإمام أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فأنهما يعتبران النص كيفما كان ولا يتركانه بداعي تغير الأحوال بتغير الأزمان والمختار للمجلة قول أبي يوسف.

﴿المادة ٣٨﴾ الممتنع عادة كالممتنع حقيقة

يعني أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلاً كما لو ادعى شخص بأن الجنين الذي في بطن هذه المرأة قد باعني المال الفلاني أو أقر بأنه استقرض منه كذا مبلغاً فلأنه قد اسند ادعاءه واقراره لسبب مستحيل عادة فإقراره وادعاؤه غير صحيحين. وكذلك إذا ادعى من عرف بالفقر على من عرف بالغنى بأنه استدان منه مبلغاً لا تجوز العادة وقوع مثله لا تسمع فيه الدعوى وكما لو ادعى أن زيداً ابنه ولا يولد مثله لمثله وكذا لو اقر إنسان قائلاً لفلان عندي ثوب في عشرة أثواب يكون إقراره بثوب واحد لا بعشرة أثواب لأن العشرة أثواب لا يجوز أن تكون ظرفاً فالثوب واحد فأن ذلك ممتنع عادة وبما أن الممتنع عادة كالممتنع حقيقة فتكون كلمة (في عشرة) لغواً ولا يعمل بها.

﴿المادة ٣٩﴾ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.

ان الأحكام التي تتغير بتغير الأزمان هي الأحكام المستندة على العرف والعادة لأنه بتغير الأزمان تتغير احتياجات الناس وبناء على هذا التغير يتبدل أيضاً العرف والعادة وبتغير العرف والعادة تتغير الأحكام حسبما أوضحنا آنفاً بخلاف الأحكام المستندة على الادلة الشرعية التي لم تبن على العرف والعادة فإنها لا تتغير. مثال ذلك: جزاء القاتل العمد القتل فهذا الحكم الشرعي الذي لم يستند على العرف والعادة لا يتغير بتغير الأزمان. أما الذي يتغير بتغير الأزمان من الأحكام فإنما هي المبنية على العرف والعادة كما قلنا وإليك الأمثلة:

كان عند الفقهاء المتقدمين أنه إذا اشترى أحد داراً اكتفى برؤية بعض بيوتها وعند المتأخرين لا بد من رؤية كل بيت منها على حدته وهذا الاختلاف ليس مستنداً إلى دليل بل هو ناشئ عن

اختلاف العرف والعادة في أمر الانشاء والبناء وذلك أن العادة قديماً في انشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية وعلى طراز واحد فكانت على هذا رؤية بعض البيوت تغني عن رؤية سائرها وأما في هذا العصر فإذ جرت العادة بأن الدار الواحدة تكون بيوتها مختلفة في الشكل والحجم لزم عند البيع رؤية كل منها على الانفراد وفي الحقيقة اللازم في هذه المسألة وامثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل هذه المسألة المذكورة تغييراً للقاعدة الشرعية وإنما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمان فقط وكذا تزكية الشهود سراً وعلناً ولزوم الضمان غاصب مال اليتيم ومال الوقف مبنيان على هذه القاعدة وقد رأى الإمام الأعظم عدم لزوم تزكية الشهود في دعوى المال ما لم يطعن الخصم فيهم وسبب ذلك صلاح الناس في زمانه أما الصاحبان وقد شهدا زمناً غير زمنه تفشت فيه الأخلاق الفاسدة فرأيا لزوم تزكية الشهود سراً وعلناً والمجلة قد اخذت بقولهما واوجبت تزكية الشهود: وكذا من القواعد أن لا يجتمع اجر وضمان إلّا أن المتأخرين من الفقهاء لما وجدوا أن الناس في عصرهم لا يبالون باغتصاب مال اليتيم والاوقاف والتعدي عليها كلما سنحت لهم فرصة اوجبوا ضمان منافع المال المغصوب العائد للوقف واليتيم قطعاً للاطماع ونختم قولنا مكررين أن الأحكام الثابتة بناء على النص لا تتغير أحكامها لأن النص أقوى من العرف إذ لا يحتمل أن يكون مستنداً على باطل بخلاف العرف والعادة فقد تكون مبنية على باطل كأن يتعامل الناس مثلاً بالبيوع الفاسدة وغيرها من الممنوعات فذلك لا يجعلها جائزة شرعاً.

﴿المادة ٤٠﴾ الحقيقة تترك بدلالة العادة يعنى لو وكلت انساناً بشراء طعام وليمة لا تشتري إلّا الطعام المعتاد في مثلها لا كل ما يؤكل

كنا أوضحنا سابقاً أن اللفظ أما أن يكون له معنى حقيقي وأما أن يكون له معنى مجازي وقد بين علماء البيان أن للفظ معنى ثالثاً وهو المعنى الكنائي. وقد ذكر علماء الأصول أن المعنى الكنائي أما أن يكون حقيقياً أو يكون مجازياً فالمعنى الحقيقي للفظ هو كالباس الشخص لباسه المملوك له والمعنى المجازي كاللباس المستعار فاستعمال اللفظ بمعناه الحقيقي لا يحتاج إلى قرينة ودليل أما لأجل استعمال ذلك اللفظ في المعنى المجازي يجب وجود قرينة مانعة من ارادة المعنى الحقيقي للفظ.

هذا وأن القرينة أو الدليل الذي يمنع استعمال اللفظ في معناه الحقيقي متنوعة منها أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً وهذا هو المراد في هذه المادة وهو الذي نشرحه الآن. إذا اصبح المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً عادة وعرفاً وشاع استعماله في معنى آخر يستعمل في المعنى الذي استعمل فيه ويكون العرف والعادة القرينة المانعة من ارادة معناه الحقيقي وقد بين علماء أصول الفقه لذلك النوع ثلاثة أوجه:

الوجه الأول – عدم استعمال الحقيقة واستعمال المجاز لتعذر استعمال المعنى الحقيقي أو لأن استعماله مهجور عادة أو شرعاً. فاستعمال المجاز في هذا الوجه يبنى على أحد أسباب ثلاثة:

الأول: تعذر قصد معنى الحقيقة ومعنى التعذر عدم التمكن من الوصول للشيء إلّا بمشقة.

مثال ذلك: لو أقسم شخص قائلاً أنني لا آكل من هذه الشجرة فالمعنى الحقيقي لهذه الكلمة هو أكل خشب الشجرة إلاّ إن قصد المعنى الحقيقي لما كان متعذراً يحمل على المجاز أي على ثمر الشجرة إذا كانت ذا ثمر وعليه لو أكل ذلك الشخص الحالف من حطب الشجرة لا يحنث بيمينه لأنه لم يكن هو المقصود بالحلف لأنه أصبح مهجوراً.

الثاني والثالث: أن يكون اللفظ الحقيقي مهجوراً عادة أو شرعاً كأن يقول رجل لخادمه أقلب «نعال الضيوف» فالمقصود هنا عادة صفها وترتيبها لا قلبها وجهاً لبطن وكلمة «فنارياق» باللغة التركية وإن كانت في الحقيقة بمعنى احرق الفانوس فمعناها المستعمل اشعل الفانوس وفيما يلي بعض الأمثلة لبعض الألفاظ التي هجرت معانيها الحقيقية عادة وشرعاً واستعملت في معانٍ أخرى مجازاً:

مثال للمهجور عادة: لو حلف شخص قائلاً لا ادوس دار فلان فالمقصود له أنه لا يدخل دار ذلك الرجل لا أن لا يدخل رجله فيها.

مثال للمهجور شرعاً: لو قال شخص أنني وكلت فلاناً بالخصومة فإن معنى الخصومة الحقيقي هو النزاع والمقاتلة ولكن لقوله تعالى في كتابه العزيز (لا تنازعوا) الآية هجر معناها الحقيقي شرعاً وأصبح إنما يقصد التوكيل بالمجاوبة والمرافعة عن الوكيل في الدعوى المقامة عليه أو التي أقامها هو.

الوجه الثاني - استعمال الحقيقة وعدم استعمال المجاز أو أن يكون استعمال الحقيقة والمجاز على حد سواء أو استعمال الحقيقة بصورة أكثر من المجاز وفي هذه الأحوال لا يستعمل المجاز. والحقيقة أولى بالاستعمال.

الوجه الثالث - أن يكون استعمال المجاز أكثر أو ارجح من استعمال الحقيقة فرأي الإمام الأعظم هنا حمل الكلام على الحقيقة أولى لأن المستعار لا يحق له أن يزاحم الأصل ورأي الإمامين المجاز أولى.

مثال: لو حلف شخص قائلاً أنني لا آكل من هذا القمح أو لا اشرب من هذا النهر فعلى رأي الإمام الأعظم أنه لو أكل من الدقيق أو الخبز المصنوع من ذلك القمح أو شرب من اناء مملوء من ذلك النهر لا يحنث ما لم يشرب من النهر كرعاً ويأكل من القمح حباً أما رأي الإمامين فأنه يحنث سواء أكل من القمح حباً أم أكل من طحينه وخبزه وسواء شرب من ماء النهر كرعاً أم شرب منه باناء.

وقد ذكر الفقهاء أن المفتي عندما يستفتى عن مسألة يجب عليه إذا كان المستفتي من بلدة أخرى أن لا يفتي قبل أن يعلم المعنى المستعمل للفظ المستفتى به في بلدة المستفتي.

هذا والمادة ١٥٨٤ تصرح بأن الاقرار المعلق على شرط باطل ولكن إذا كان الاقرار معلقاً على زمن يعرف به الناس أجل الدين يعتبر اقرار المقر اقراراً بدين مؤجل. مثال: لو قال شخص إذا

وصلت إلى القدس فأنا مديون لك بالف قرش فاقراره باطل لكونه معلقاً على شرط أما لو قال على البيدر أنا مديون لك بالف قرش فيكون قد اقر بدين مؤجل لذلك الرجل وكذلك يحمل الإقرار بالدين المعلق بالموت على الاشهاد فيجب على المقر دفع الدين إذا كان حياً أو على ورثته إذا كان ميتاً وكذلك الابراء المعلق على الموت يعتبر ويحمل على الوصية.

﴿المادة ٤١﴾ إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت

يعني لا يلزم أن يكون جهاز العرس إلّا على العادة الغالبة فلو جهزت عروس بأكثر من العادة الغالبة لا يعتبر ولا يقاس عليه.

قلنا إن العادة يجب أن تعتبر وهذه المادة تشترط في العادة لكي تكون معتبرة أن تكون مطردة أي أن لا تتخلف أو غالبة أي أن تخلفت أحياناً فأنها لا تتخلف على الأكثر هذا وقد ذكر صاحب الأشباه أن الشيء الذي يحمل على العرف والعادة يجب أولاً أن يكون حمله على العرف الموجود وقت التلفظ لا أن يحمل الشيء الذي وضع قبلاً على عرف حدث مؤخراً. ثانياً أن يكون العرف سابقاً ومقارناً أي إلّا يكون متأخراً وطارئاً. مثال: لو باع شخص منذ عشر سنوات في يافا فرساً بعشرين ليرة ولم يذكر في العقد نوع الليرة وتحدث بالدعوى الآن فلأن البيع وقع قبل عشر سنوات يوم كانت الليرة الفرنسية هي الرائجة في يافا يجب الحكم بأن الثمن ليرات افرنسية ولا عبرة بالعرف والعادة الطارئين بعدئذ والحاصل أن العرف لا يكون معتبراً إلا إذا كان مطرداً أو غالباً وأن يكون زمنه مقارناً وسابقاً لزمن العقد الذي يراد فيه تحكيم العرف والعادة.

﴿المادة ٤٢﴾ العبرة للغالب الشائع لا للنادر

الشائع هو الأمر الذي يصبح معلوماً للناس وذائعاً بينهم. مثال: أن الحكم بموت المفقود لمرور ٩٠ سنة من عمره مستند على الشائع الغالب بين الناس من أن الانسان لا يعيش أكثر من تسعين عاماً على أن البعض قد يعيش أكثر من ذلك إلا أنه نادر والنادر لا حكم له بل يحكم بموته على العرف الشائع وتقسم امواله بين ورثته كذلك يحكم ببلوغ من له من العمر خمس عشرة سنة لأنه هو السن الشائع للبلوغ وان كان البعض لا يبلغ إلا في السابعة عشرة أو الثامنة عشرة إلا أنه نادر فلا ينظر إليه كذلك الحكم بسبع سنين لمدة حضانة الصبي وتسع لحضانة البنت مبني على الشائع المتعارف من أن الصبي إذا بلغ السابعة من عمره يستغني عن معين له في لباسه وأكله واستنجائه مثلاً: والبنت إذا صار عمرها تسع سنوات تصبح مشتهاة في الغالب واختلاف النمو في البعض زيادة ونقصاناً بتأثير التربية والاقليم لا عبرة له بل المعتبر السبع سنوات للصبي والتسع للبنت لأنه الشائع الغالب.

﴿المادة٤٣﴾ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

وفي الكتب الفقهية عبارات أخرى بهذا المعنى «الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي» و«المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً» و«الثابت بالعرف كالثابت بالنص» و«المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ» وقد سبق لنا أن عرفنا العرف والعادة. فاليك الأمثلة على هذه القاعدة: لو اشتغل شخص لآخر شيئاً ولم يتقاولا على الاجرة ينظر للعامل ان كان يشتغل بالاجرة عادة يجبر صاحب العمل على دفع اجرة المثل له عملاً بالعرف والعادة وإلاّ فلا. كذلك إذا اشترى شخص من آخر شيئاً بعشر ليرات ولم يعين نوع الليرة يرجع إلى النوع المتعارف في تلك البلدة كان يكون المتعارف الليرة العثمانية مثلاً فتعتبر هي التي وقع عليها العقد كما لو ذكرت. كذا لو اشترى شخص بقرة فتبين له بعد شرائها أنها غير حلوب واراد ردها ينظر ان كان هذا الشخص معروفاً أنه ممن يشتري للذبح كأن يكون قصاباً لا يجوز له الرد وان كان ممن يشتري لأجل الانتفاع بحليبها ترد كذلك لو سكن شخص داراً لآخر معدة للاجرة بدون إذنه وبدون تأويل ملك أو تأويل عقد يلزمه دفع اجرة المثل عرفاً ويكون كأن الساكن شرطها على نفسه حين سكناه للدار وكذا الذي ينام في الفندق والمغتسل في الحمام يجب عليه دفع الأجرة لأن العرف والعادة توجب دفعها وان لم تذكر. وكذلك لو دفع الأب لابنته العروس حلياً أو بعض جهاز لبيتها وادعى بعد العرس أنه عيارة فان كان المتعارف في مثل هذه الأحوال أن ما يعطيه الأب يكون عيارة يحكم برده إليه وإلاّ فلا ويكون هبة وكذا لو كان ترك راعي القرية المواشي على رأس زقاق القرية معتاداً ثم هي تتفرق إلى دور اهلها فلا يضمن وان كان المعتاد أن يوصل كل ثلة إلى محل صاحبها يضمن ويعد مقصراً لتركه إياها على رأس الزقاق.

﴿المادة ٤٤﴾ المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

أن هذه المادة هي عين المادة السابقة

﴿المادة ٤٥﴾ التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

يتفرع من هذه المادة فروع منها الاعارة المطلقة المتقيدة بالعرف والعادة. مثال ذلك: لو أعار شخص آخر دابة اعارة مطلقة لا يجوز للمستعير أن يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف فلو حملها حديداً أو سلك بها طريقاً وعراً وكان تحميل الحديد وسلوك تلك الطريق غير معتاد يضمن. كذلك الوكيل ببيع شيء وكالة مطلقة تعتبر عادة بأن لا يكون تصرفه مضراً بالموكل فلو وكل شخص آخر ببيع شيء وكالة مطلقة فله أن يبيع ذلك المال بثمن معجل أو مؤجل إلى أجل متعارف التأجيل بين التجار ولا يجوز له أن يبيعه لأجل أبعد من المعتاد كذا لو وكله في بيع شيء كما جاء في مادة (١٤٩٩) لا يحق له أن يبيع بعضه ان كان في تبعيضه ضرر عادة.

﴿المادة ٤٦﴾ إذا تعارض المانع والمقتضى يقدم المانع

أي إذا وجد في مسألة سبب يستلزم العمل بها وسبب آخر يمنع العمل يرجح المانع. مثال ذلك: الرهن، لو رهن رجل عند آخر داره مثلاً يمنع الراهن من بيعها مع أنه مالك لها وبيان ذلك أن ملكية الدار تقتضي أن يتصرف صاحبها بها كيف شاء إلا أن حق المرتهن في الدار وجعلها وثيقة في يده لحفظ ماله مانع والمانع مرجح على المقتضى فيعمل به. كذلك لو بيع شيء معلوم وآخر مجهول صفقة واحدة لا يصح لمعارضة المانع وهو جهالة أحد المبيعين في الصفقة الواحدة للمقتضى وهو صحة العقد في المبيع المعلوم كذا لو باع شخص من آخر متقوماً وغير متقوم معاً كمية كذلك البناء الذي أسفله مملوك لشخص وأعلاه ملك شخص آخر ليس لأحدهما أن يتصرف في ملكه بمقتضى ملكيته بدون رضاء الآخر بصورة مضرة لمعارضة المانع وهو الإضرار كأن يكشف صاحب البناء العلوي سقف البناء السفلي الذي هو أرض محله أو يهدم صاحب البناء السفلي حائطاً مرتكزاً عليها قسم من البناء العلوي. كذلك لو أقر شخص لوارثه ولأجنبي معه بمال في مرض الموت لا يصح لأن الإقرار للوارث في مرض الموت لا يعتبر فيكون مانعاً.

﴿المادة ٤٧﴾ التابع تابع

يعني: التابع للشيء في الوجود تابع لذلك الشيء في الحكم فلو بيعت بقرة مثلاً: في بطنها جنين دخل الجنين في البيع بلا نص عليه لأنه تبع لها فيتبعها في الحكم كذلك لو باع شخص بستاناً من آخر وقبل التسليم أثمر شجر ذلك البستان فلا يحق للبائع أن يجني ذلك الثمر لنفسه بل يكون مملوكاً للمشتري تبعاً كما جاء في المادة (٢٣٦) أن الزوائد التي تحصل في البيع بعد العقد وقبل القبض تكون مملوكة للمشتري. كذا زوائد المغصوب الحاصلة في يد الغاصب هي تابعة للمغصوب بالوجود أيضاً فتكون ملكاً للمغصوب منه. مثال: لو اغتصب شخص فرساً من آخر ونتجت عنده مهراً مثلاً: فالمهر لصاحبها تبعاً لها وليس للمغتصب أن يدعيه لنفسه. كذلك في الرهن فلو رهن رجل عند شخص ناقة ونتجت عند المرتهن فالنتاج يكون رهناً أيضاً تبعاً له ولا يحق للراهن أن يأخذه قبل فك الرهن.

﴿المادة ٤٨﴾ التابع لا يقرر بالحكم

فالجنين الذي في بطن الحيوان لا يباع منفرداً عن أمه كذلك لا يجوز هبة الحيوان الموجود في بطن أمه حتى لو وهب شخص بقرة حاملاً واستثنى حملها من الهبة تكون الهبة للاثنين معاً. ويكون الاستثناء لغواً كذلك إذا بيع شيء من الموزونات وكان في تبعيضه ضرر وظهر عند التسليم زيادة

عن المقدار المذكور عند البيع فالزيادة للمشتري وليس للبائع أن يفسخ البيع. مثال ذلك: لو باع شخص حجـراً من الماس على أن وزنه خمسة قراريط فظهر أثناء التسليم أن وزنه خمسة ونصف يصبح ذلك الحجر للمشتري بنفس الثمن الذي صار الإتفاق عليه لأن نصْف القيراط تابع للكل فلا يقرر بالحكم.

«مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنيات وهي كما يلي:

إذا أقر شخص لجنين أي لحمل بمال مع بيان سبب معقول يكون إقراره صحيحاً بشرط أن يولد ذلك الحمل في بحر ستة أشهر من تاريخ الإقرار فهنا مع كون الجنين تابعاً في الوجود لوالدته فقد أقر بالحكم واعتبر الإقرار له كما أن الجنين إذا ولد حياً يرث من والده المتوفي قبلاً. كذلك إذا أبرأ المكفول اليه الكفيل يصبح بريئاً والحال أن الكفالة تابعة للدين والدين باق فكان من الواجب ألا يفرد الكفيل بحكم كذلك لو أن شخصاً يطلب له من آخر عملة خالصة فاسقط حقه من أخذ دينه بتلك العملة وقبل أن يأخذها عملة (مغشوشة) فإسقاطه هذا صحيح والحال أن خلوص العملة صفة للدين وتابعة له فكان الواجب عدم إعطاء حكم بحقها.

﴿المادة ٤٩﴾ من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته

فإذا اشترى رجل داراً مثلاً ملك الطريق الموصلة إليها. لأن الطريق من ضرورات الدار والدار بدون طريق لا يمكن الإنتفاع بها والسكنى فيها فعليه كل دار تباع من المشتري تدخل طريقها في البيع بدون ذكر ولا يحق للبائع أن يقول إنني لم أبع الطريق بل بعت الدار فقط كذلك كل من يملك أرضاً أو عقاراً يصبح مالكاً ما فوقها وما تحتها توفيقاً للمادة (١١٧٤) فعليه يحق لمالك الأرض إنشاء ما يشاء من البناء وإعلاء سمكه إلى القدر الذي يريد كما يحق له أن يحفر في الأرض إلى أعماقها.

﴿المادة ٥٠﴾ إذا سقط الأصل سقط الفرع

إن هذه المادة مذكورة في الأشباه بعبارة (يسقط الفرع إذا سقط الأصل) ومن هذا القبيل أيضاً قاعدة (التابع يسقط بسقوط المتبوع)

والذي يفهم من هذه القاعدة إنه يسقط التابع بسقوط المتبوع أو يسقط الفرع بسقوط الأصل أما إذا سقط الفرع أو سقط التابع فلا يسقط المتبوع. مثال ذلك: لو أبرأ الدائن المدين من الدين

فكما أنه يبرأ المدين يبرأ منه الكفيل أيضاً لأن المدين في الدين أصل والكفيل فرع فبسقوطه عن الأصل يسقط عن الفرع طبعاً أما لو عكست القضية وكان الكفيل هو المبرأ من قبل الدائن فلا يسقط الدين عن المدين بسقوطه عن الكفيل لأن سقوط الدين عن الفرع لا يوجب سقوطه عن الأصل على أنه قد يجوز أن يثبت الفرع دون أن يثبت الأصل وإليك المثال:

لو ادعى شخص على اثنين بأن أحدهما استدان منه ألف قرش والثاني كفله في ذلك المبلغ فأنكر المدين الدين والمدعي عاجز عن إثبات مدعاه إلا أن الكفيل أقر بالكفالة فيحكم على الكفيل الذي هو الفرع بمقتضى اعترافه بالدين دون الأصيل الذي هو الأصل.

«المادة ٥١» الساقط لا يعود

يعني إذا أسقط شخص حقاً من الحقوق التي يجوز له إسقاطها يسقط ذلك الحق وبعد إسقاطه لا يعود.

أما الحق الذي لا يقبل الإسقاط بإسقاط صاحبه له. مثال: لو كان لشخص على آخر دين فاسقطه عن المدين ثم بدا له رأي فندم على إسقاطه الدين عن ذلك الرجل فلأنه أسقط الدين وهو من الحقوق التي يحق له أن يسقطها فلا يجوز له أن يرجع إلى المدين ويطالبه بالدين لأن ذمته برأت من الدين بإسقاط الدائن حقه فيه.

أمَّا لو أبرأ شخص آخر من طريق له أو سيل أو كان له قطعة وأبرأه بها فلا يسقط حقه بالطريق والمسيل والأرض لأنه لا يسقط الحق بما ذكر بمجرد الترك والإعراض ويجب لإسقاط الحق فيها إجراء عقد بيع أو هبة مثلاً: هذا وإليك بعض الأمثلة:

إذا اشترى المشتري مالاً من آخر فللبائع حق حبس المبيع عنده لحين قبض الثمن كما تبين في المادة (٢٨١) ولكن إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فيكون أسقط حقه في حبس المبيع فليس له بعد ذلك أن يسترجع المبيع ويحبسه عنده لحين قبض الثمن لأن الساقط لا يعود كما قلنا كذلك الذي يشتري مالاً بدون أن يراه له حق خيار الرؤية فهو إذا باعه من آخر أو وهبه أو آجره قبل أن يراه أو بعد أن رآه يسقط حق خياره بمقتضى المادة (٣٣٥) فعلى هذا لو أراد بعد ذلك رد المبيع بحق خيار الرؤية فليس له رده كذا الصلح الذي يجري بين الطرفين لأنه يتضمن إسقاط بعض الحقوق فليس للطرفين حق الفسخ فيه كذلك لو رد الحاكم شهادة شاهد بتهمة الفسق في دعوى من الدعاوى فليس له أن يقبل شهادته في نفس الدعوى فيما لو تبين له بعد ذلك بطلان تلك التهمة.

«المادة ٥٢» إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه

فقاعدة «المبني على الفاسد فاسد» من هذا القبيل أيضاً.

ومعنى هذه المادة: إن الشيء الذي ثبت ضمناً إذا بطل متضمنه لا يبقى له الحكم. مثال: لو

اشترى شخص من آخر اليمين الموجه عليه في المحاكمة فلما كان هذا الشراء باطلاً فإسقاط اليمين الذي في ضمنه باطل أيضاً كذا لو تصالح طرفان فأبرأ الواحد منهما الآخر وكتبوا بذلك سندات فيما بينهما فظهر أن ذلك الصلح فاسد فكما أنه يكون باطلاً يكون الإبراء الذي في ضمنه باطلاً أيضاً.

«مستثنيات هذه القاعدة»

ولهذه القاعدة مستثنى واحد وذلك إذا تصالح الشفيع والمشتري ببدل معلوم على حق الشفعة فالصلح غير صحيح ولكن يسقط حق الشفيع في الشفعة فهنا مع بطلان الصلح لم يبطل إسقاط الشفعة الذي هو من ضمن الصلح كما تقتضي القاعدة.

﴿المادة ٥٣﴾ إذا بطل الأصل يصار إلى البدل

يفهم من هذه المادة أنه يجب إيفاء الأصل ولا يجوز ايفاء البدل بدون رضاء صاحب المال ما دام إيفاء الأصل ممكناً. لأن إيفاء الأصل هو (الأداء) أما إيفاء بالخلف عن الأصل والرجوع إلى الخلف مع وجود الأصل غير جائز. كالمال المغصوب مثلاً فهو إذا كان موجوداً في يد الغاصب يجب رده عيناً ولا يجوز إيفاء بدله مع وجوده. مثال: لو اغتصب شخص من آخر شيئاً وأراد أن يدفع قيمته للمغصوب منه مع وجود المال المغصوب تحت يده والمغصوب منه لم يقبل بذلك فلا يجوز للحاكم أن يحكم بالبدل.

إن الأصوليين يعبرون عن إيفاء المغصوب بالذات بالأداء الكامل لأن رد عين المغصوب هو أداء حقيقة.

هذا غير أن المال المغصوب إذا تلف في يد الغاصب أو فقد منه وأصبح رده عيناً غير ممكن يصار حينئذ إلى البدل فإن كان من المثليات يؤمر الغاصب بإيفائه بمثله ويسمى ذلك (القضاء بالمثل المعقول أو القضاء الكامل) لأن الأموال المثلية مطابقة لبعضها صورة ومعنى وقيمة الشيء هي معنى ذلك الشيء فالأموال المثلية متساوية في القيمة على الغالب أو متقاربة في ذلك. أما إذا كان المال من القيميات فتؤدي قيمته ويسمى ذلك (القضاء القاصر) لأن قيمة المال المغصوب من النقود لا تماثل المال المغصوب لا صورة ولا معنى.

﴿المادة ٥٤﴾ يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها

هذه القاعدة مأخوذة من كتاب الأشباه وقاعدة (يغتفر للشيء ضمناً ما لا يغتفر قصداً). قريبة

من هذه القاعدة وتترجم هذه القاعدة من التركية قد يجوز تبعاً ما لا يجوز ابتداء. مثال ذلك: لو وكل المشتري البائع في قبض المبيع فالوكالة لا تصح أما لو أعطى المشتري البائع كيساً ليضع فيه المبيع اعتبر ذلك قبضاً من المشتري والسبب في عدم جواز الوكالة في الصورة الأولى وجوا ها في الثانية أن البائع كان في الصورة الأول مسلّماً ومستلماً في وقت واحد والحال أنه من الواجب في كل عقد أن يتولاه اثنان وأن يسلم البائع المبيع للمشتري أما في الصورة الثانية فلان المشتري أعطى وعاء للبايع والبائع عمل بأشارته يعد ذلك قبضاً من المشتري وقبض البائع المبيع كان تبعاً فصح. كذلك لو اشترى شخص من آخر قمحاً وطلب إليه أن يطحن القمح والبائع طحنه يكون الشتري قابضاً القمح تبعاً لطلبه من البائع أن يطحنه كذلك لو وقف شخص عقاراً بما فيه من الأموال المنقولة التي لا يجوز وقفها ولم يكن جائزاً عرفا وعادة يصح وقفها تبعاً وإن كان الوقف فيها غير جائز ابتدأ كذا وقف حق الشرب غير الجائز يصح إذا وقف تبعاً للأرض كذلك بيع من له حق في شرب أياماً من حقه في الشرب لا يجوز إلا إذا بيع تبعاً للأرض مثلاً.

«المادة ٥٥» يغتفر في البقاء ما لا يغتفر في الابتداء

فقاعدة يغتفر في الإبتداء ما لا يغتفر في الانتهاء. هي من قبيل هذه المادة. مثال ذلك: هبة الحصة الشائعة فإنها وإن لم تكن جائزة ابتداء فتصح انتهاء وتفصيل ذلك لو وهب شخص لآخر حصة شائعة في دار مثلاً: فالهبة لا تصح أما لو وهب له الدار جميعها ثم ظهر مستحق لحصة في تلك الدار فالهبة لا تبطل ويبقى للموهوب له الباقي من الدار بعد أخذ تلك الحصة المستحقة منها.

كذلك لو وهب شخص في مرض موته داره التي لا يملك سواها ثم توفي الموهب تبطل الهبة في الثلثين وتصح في الثلث فقط إذا لم تقرها الورثة والسبب في صحة الهبة في الثلث هنا- مع أنه حصة شائعةولا تصح هبة الشائع- هو أن الشيوع طارئ والهبة كانت لجميع الدار. كذلك الوكيل ببيع مال له لا يصح له أن يوكل آخر ببيع ذلك المال الموكل ببيعه لكن لو جاء رجل وباع المال فضولاً والوكيل اجاز البيع تكون اجازته صحيحة والبيع نافذاً. كذلك لا يصح بيع أحد الشركاء للأجنبي حصته في الاثمار غير الناضجة لأن الأجنبي لو اراد قطف الاثمار واخذ حصته منها لتضرر الشريك أما لو اتفق الشريكان على بيع الثمر لشخص أجنبي ثم بعد البيع فسخ أحدهما البيع بالتراضي مع المشتري لا يفسخ البيع في النصف الآخر ويبقى صحيحاً.

«المادة ٥٦» البقاء اسهل من الابتداء

بما أن البقاء اسهل من الإبتداء فالذي لا يجوز ابتداءً قد يجوز بقاءً مثال: للشريك أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه الآخر ولكن لا يجوز له أن يؤجر حصته لأحد شركائه إذا كانوا متعـددين أو

لشخص أجنبي أما لو أجر الدار جميعها على أنها له ثم بعد اجراء عقد الإيجار ظهر مستحق لنصف تلك الدار واثبت المستحق ملكيته بنصفها لا تفسخ الإجارة في النصف الآخر وتكون صحيحة بقاءً وان لم تكن جائزة ابتداءً كذلك لو نصب حاكم نائباً عنه في الحكم وهو غير مأذون بذلك فذلك النصب غير صحيح والأحكام التي يحكم بها تكون غير معتبرة ولكن إذا حكم ذلك النائب في شيء والحاكم الذي انابه أجاز ذلك الحكم يصبح الحكم معتبراً وصحيحاً فالانابة هنا جازت بقاءً أيضاً وأن لم تكن جائزة ابتداءً

«المادة ٥٧» لا يتم التبرع إلا بقبض

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف القائل(لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) على أنه لو كانت الهبة تتم بدون القبض لاصبح الواهب حينئذ مجبراً على أداء شيء ليس بمجبر على أدائه وذلك مخالف لروح التبرع فالتبرع هو اعطاء الشيء غير الواجب اعطاؤه احساناً من المعطي. مثال: لو وهب شخص مالاً لآخر فما لم يقبضه بإذن الواهب لا يحق له أن يتصرف بذلك المال. كذا لو عدل شخص- بعد أن اخرج نقوداً بيده ليعطيها فقيراً ولم يسلمها إليه- عن اعطائه إياها فلا يجبر على ذلك.

والحاصل أن الهبة سواء كانت بلا عوض أو كانت بشرط العوض فتمامها موقوف على القبض ولكن لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت لا تتوقف على القبض ولزومها للورثة ناشيء عن وفاة المورث الذي له وحده حق الرجوع عن تبرعه

«المادة ٥٨» التصرف على الرغبة منوط بالمصلحة

هذه القاعدة مأخوذة من قاعدة «تصرف القاضي فيما له فعله من أموال الناس والأوقاف مقيد بالمصلحة» أي أن تصرف الراعي في أمور الرعية يجب أن يكون مبنياً على المصلحة وما لم يكن كذلك لا يكون صحيحاً.

والرعية هنا: هي عموم الناس الذين هم تحت ولاية الولي. مثال ذلك: إذا لم يوجد ولي للقتيل فالسلطان وليه فكما أن له حقاً بأن يقتص من القاتل له أن يقبل الدية بدلاً عن القصاص إلا أنه يشترط هنا أن لا تقل الدية عن الدية الشرعية.

كذلك القاضي لا تعتبر تصرفاته في الأمور العامة واحكامه ما لم تكن مبنية على المصلحة. مثال: لو أمر القاضي شخصاً بأن يستهلك مالاً من بيت المال أو مالاً لشخص آخر فإذنه غير صحيح حتى أن القاضي نفسه لو استهلك ذلك المال يكون ضامناً.

كذلك لا يجوز للقاضي أن يهب أموال الوقف وأموال الصغير لأن تصرفه فيها يجب أن يكون

مقيداً بمصلحتها أيضاً. كذلك لو نصب حاكم مخالفاً شرط الواقف فراشاً في مسجد فكما أن أخذ الأجرة حرام على الفراش فالحاكم أيضاً يكون ارتكب حرمة بنصبه.

كذلك إذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح ان لم يكن فيه ضرر بين وذلك حسب منطوق المادة(١٥٤٠) كما أنه ليس للوصي أن يقبل من مدين الصغير حوالة ما له على شخص ما لم يكن املأ أي أغنى من المحيل وإلا فقبوله لا حكم له عملاً بالمادة(٦٨٥) والحاصل يجب أن يكون تصرف السلطان والقاضي والوالي والوصي والمتولي والولي مقروناً بالمصلحة وإلا فهو غير صحيح ولا جائز.

﴿المادة ٥٩﴾ الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة

يراد بالولاية هنا نفاذ تصرف الولي في حق الغير شاء أم أبى

والولي: هو الذي يحق له التصرف في مال الغير بدون استحصال إذن برضاء صاحب المال وهذا بعكس الوكيل فالوكيل وان تصرف في مال الغير فتصرفه مقرون برضاء صاحب المال.

هذا والولاية الخاصة إما أن تكون ولاية في النكاح والمال والولي في ذلك الجد أو الاب، أو أبو الجد وأما أن تكون في النكاح فقط أو في المال فقط فالولي في النكاح فقط جميع العصبات والأم وذوي الارحام والولي في المال فقط أولاً أبو الصغير. ثانياً الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته إذا مات أبوه. ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته إذا مات. رابعاً جده الصحيح أي أبو ابي الصغير. خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته. سادساً الوصي الذي نصبه هذا كما هو مذكور في المادة(٩٧٤) وولاية الوقف هي من هذا القبيل ولاية خاصة أيضاً.

مثال ذلك: لو آجر القاضي عقاراً للوقف بما له من الولاية العامة على الوقف وآجر متولي الوقف ذلك العقار نفسه يكون إيجار المتولي صحيحاً ولا يعتبر إيجار القاضي لأن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ولا يحق لصاحب الولاية العامة أن يتصرف بمال الوقف مع وجود صاحب الولاية الخاصة وان كان القاضي هو الذي عين ذلك المتولي.

كذلك لا يحق للقاضي عزل المتولي المنصوب من قبل الواقف ما لم تظهر عليه خيانة لأن ولاية الواقف على الوقف ولاية خاصة وهي أقوى من ولاية القاضي كذلك لا يحق للقاضي أن يتصرف بمال اليتيم الذي نصب عليه وصي ولا أن يزوج اليتيم أو اليتيمة عند وجود الولي. والحاصل أنه إذا وجدت الولاية الخاصة في شيء لا تأثير للولاية العامة ولا عمل لصاحبها وأن تصرف الولي العام عند وجود الولي الخاص غير نافذ.

«مستثنيات هذه القاعدة»

ولهذه القاعدة مستثنى وهو: إذا كان الصبي ولي القتيل فوصيه وان كان له حق الصلح عن القصاص بمال لا يكون أقل من الدية الشرعية فليس له قصاص القاتل أو اعفاؤه من القصاص مع أن القاضي له حق القصاص بما له من الولاية العامة. فالقاضي هنا يملك بولايته العامة مالاً يملكه الوصي بولايته الخاصة.

«المادة ٦٠» اعمال الكلام أولى من اهماله

هذه القاعدة مأخوذة من كتاب الاشباه وقد ذكرت فيه على الصورة الآتية:

«اعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن فإن لم يمكن أهمل» يعني أنه لا يجوز إهمال الكلام واعتباره بدون معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي له أو معنى مجازي. لأنه لما كان إهمال الكلام إنما هو اعتباره لغواً وعبثاً والعقل والدين يمنعان المرء من أن يتكلم بما لا فائدة فيه فحمل كلام العاقل على الصحة واجب.

هذا وبما أن الأصل في الكلام الحقيقة فما لم يتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي لا يحمل على المجازي لأن هذا خلف لذاك والخلف لا يزاحم الأصل. على أنه سواء حمل الكلام على المعنى الحقيقي أم حمل على المعنى المجازي له فهو أعمال للكلام.

إلا أن اللفظ المراد اعماله إذا كان مما يحتمل التأكيد والتأسيس فحمله على التأسيس أولى لأن التأسيس أولى من التأكيد وبعبارة أخرى الافادة أولى من الاعادة ولأنه لما كان اللفظ في الأصل إنما وضع لإفادة معنى غير المعنى الذي يستفاد من غيره فحمله على التأكيد دون التأسيس إهمال لوضعه الأصلي.

التأكيد- هو اللفظ الذي يقصد به تقرير وتقوية معنى لفظ سابق له ويقال له «إعادة» أيضاً.

التأسيس- هو اللفظ الذي يفيد معنى لم يفده اللفظ السابق له ويقال له «إفادة» ايضاً.

فعليه لو اقر شخص بأنه مديون لآخر بعشر جنيهات مثلاً بدون أن يذكر سبب الدين واعطى سنداً بذلك واشهد على نفسه ثم بعد ذلك أقر للشخص نفسه مرة ثانية بعشر جنيهات أيضاً وعمل له سنداً ولم يبين سبب الدين. يحمل اقراره في كلتا المرتين على تأسيس ويعتبر دين السند الثاني غير دين السند الأول لا أن السند الثاني كتب تأكيداً للسند الأول كذا لو قال رجل لزوجته(أنت طالق طالق طالق) تكون طالقاً ثلاثاً ولا يلتفت لكلام الزوج إذا هو قال بعد ذلك انني قصدت التأكيد في تكراري كلمة الطلاق هذا غير أنه وان كان حمل الكلام الذي يحتمل التأكيد والتأسيس معاً على التأسيس أولى. فقد يحمل احياناً على التأكيد كأن يقول الموكل لوكيله (بعه وبعه

من فلان) فللوكيل حينئذ أن يبيع المال الموكل ببيعه لذلك الشخص المعني بكلام الموكل أو لغيره. ولو حمل الكلام على التأسيس لما حق للوكيل أن يبيع المال لغير ذلك الشخص الذي عناه الموكل.

﴿المادة ٦١﴾ إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز

يعني: إذا تعذرت إرادة المعنى الحقيقي للكلام لا يهمل بل يستعمل في معناه المجازي.

فالمعنى المهجور(أي غير المستعمل شرعاً وعرفاً هو في حكم المتعذر. والتعـذر على ثلاثة اقسام:

أولاً: تعذر حقيقي. ثانياً: تعذر عرفي. ثالثاً: تعذر شرعي. وللتعذر الحقيقي وجهان:

الأول: أن تكون إرادة المعنى الحقيقي ممتنعة. مثال ذلك: لو وقف شخص- ليس له أولاد وله أحفاد- مالاً له على ولده فبما أن الواقف هنا ليس له من الأولاد من يطلق عليهم أولاد حقيقة وهم الأولاد الصلبية فيتعذر حمل الكلام على معناه الحقيقي وبما أن الكلام يجب أن لا يهمل ما أمكن حمله على معنى فيحمل على إحفاده الذين يطلق عليهم أولاد مجازاً.

الثاني: أن تكون إرادة المعنى الحقيقي للفظ ممكنة مع المشقة الزائدة.

مثال ذلك: لو حلف شخص قائلاً(لا آكل من شجرة النخل هذه وأشار إليها). فلأن الأكل من خشب تلك الشجرة وأن كان ممكناً لا يكون إلا بصعوبة والمعلوم أن المتكلم لا يقصد بكلامه الأكل من خشب الشجرة يحمل كلامه على ثمرها إذا كانت شجرة وعلى ثمن خشبها إذا لم تكن كذلك حتى أنه لا يكون حانثاً بيمينه فيما لو أكل من النخلة خشبها.

التعذر العرفي: وهو أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً ومتروكاً للناس كأن يحلف إنسان قائلاً (لا أضع قدمي في دار فلان) فلأن المعنى الحقيقي لهذه الكلمة اصبح مهجوراً من الناس والمعنى المستعملة فيه هو الكناية عن الدخول في الدار لا يحنث الحالف فيما لو وضع قدمه في باب الدار ولم يدخلها.

التعذر الشرعي: هو أن يكون المعنى الحقيقي للفظ مهجوراً شرعاً ككلمة (الخصومة) مثلاً: فإنها لما ترك معناها الأصلي شرعاً فعليه إذا سمعت رجلاً يقول أني قد وكلت فلاناً بالخصومة عني في دعوى ارث مثلاً: تصرف كلمة الخصومة إلى ما استعملت فيه شرعاً وهو المرافعة والمدافعة عنه في دعوى اقيمت عليه أو اقامها على غيره دون المعنى الحقيقي لها وهو بأن يقوم ذلك الرجل الموكل بمنازعة ومضاربة من يناوئ الموكل أو من يريد الموكل مناوأته.

﴿المادة ٦٢﴾ إذا تعذر اعمال الكلام يهمل

يعني أنه إذا لم يمكن حمل الكلام على معنى حقيقي أو مجازي أهمل.

وقد ذكرت هذه القاعدة في الاشباه بالصورة الآتية: (وإن تعذرت الحقيقة والمجاز أو كان اللفظ مشتركاً بلا مرجح أهمل لعدم الإمكان أي امكان اعمال الكلام)

يعني أنه إذا كان حمل الكلام على معناه الحقيقي أو على المجازي خارجاً عن الإمكان وممتنعاً أو كان اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد مرجح لاحدهما على الآخر يهمل بحكم الضرورة حينئذ ولا يعمل. والحاصل أن الأسباب التي توجب إهمال الكلام:

اولاً: امتناع حمل الكلام على المعنى الحقيقي والمجازي.

ثانياً: أن يكون اللفظ مشتركاً بين معنيين ولا يوجد ما يرجح أحدهما

مثال ذلك: لو ادعى شخص في حق من هو أكبر منه سناً أو في حق من نسبه معروف بأنه ابنه لا تكون دعواه صحيحة كما سيجيء في المادة (١٦٢٩) لأن ذلك متعذر حقيقة إذ ليس من المعقول أن يكون شخص والداً لرجل يكبره في السن كذا من المتعذر شرعاً أن يكون الشخص المعروف النسب ولداً لذلك الرجل الذي يدعيه. كذلك لو أقر وارث لوارث آخر بزيادة عن حصته الإرثية كأن يتوفى شخص عن ولد وبنت ويعترف الولد لأخته بنصف ما خلف والدهما من الأموال المنقولة فلا يعتبر إقراره هذا لتعذره شرعاً وتقسم التركة بينهما حسب الفريضة الشرعية.

كذلك لو أقر شخص قائلاً اني قطعت يدي فلان وإنني مديون له بخمسماية درهم دية يديه وكانت يدا الشخص المذكور سالمتين لم تقطع يهمل ذلك الكلام ولا يعتد به.

هذا وإليك مثلا: على اللفظ الذي يتنازعه معنيان أو المشترك بين معنيين وليس من مرجح لإرادة أحدهما.

المثال: لو كان لرجل معتق (بكسر التاء) وآخر معتق (بفتحها) وأوصى بمال قائلاً: (إنه لمولاي بعد موتي) ولم يعين فلما كانت كلمة (مولاي) تشمل المنعم والمنعم عليه وتطلق على (السيد) وهو المعتق وعلى (العبد) وهو المعتق وبما أن القصد والغرض في الوصية إذا كانت من الأدنى إلى الأعلى أن تكون بمثابة اعتراف بجميل الموصى له وكشكر له على أياديه وإذا كانت من الأعلى للأدنى فهي بمثابة إحسان وزيادة تلطف. ولأن الاسم المشترك لا يعد من قسم العموم ويجب تحديد أحد المعنيين المقصود للإسم المشترك وهنا القصد مجهول إذ بتعدد المقصود للفظ الواحد لا يمكن تعيين أحدهما فلا تصح له وصية.

﴿المادة ٦٣﴾ ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله

إن هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه والمجامع والمفهوم منها أنه يكفي في الأشياء التي لا تتجزأ ذكر بعضها عن الكل وان البعض منها إذا ذكر كان الكل مذكوراً لأنه لو كان ذكر البعض لا يقوم

مقام ذكر الكل لكان ذلك موجباً لإهمال الكلام والحال أن المادة (٦٠) من المجلة تصرح بأن أعمال الكلام أولى من إهماله.

مثال: لو أراد شخص أن يكفل شخصاً آخر على نفسه فقال في عقد الكفالة إنني كفيل بنصف أو ربع هذا الشخص فبما أن نفس الرجل مما لا يقبل التجزئة والتقسيم وذكر البعض منها بحكم ذكر الكل فالكفالة صحيحة ويكون قد كفل نفس الرجل كلها.

كذلك في الشفعة كما هو مذكور في المادة ١٠٤١ لو سلم الشفيع نصف العقار المشفوع يكون بذلك مسقطاً حق شفعته في الكل لأن الشفعة مما لا يتجزأ.

كذا يسقط القصاص كله إذا كان ولي القتيل واحداً وعفى عن القاتل بجزء من القصاص لأن القصاص لا يتجزأ لأنه ليس من الممكن إماتة قسم من الإنسان مع الإبقاء على القسم الآخر منه حياً. أما إذا ذكر بعض الشيء الذي يتجزأ فهو بعكس ذلك وإليك المثال:

إذا قال شخص لآخر أنني كفلتك على مائتين من الستمائة القرش المطلوبة منك لفلان فبما أن الدين المذكور مما يقبل التجزئة تنعقد الكفالة على المائتين فقط ولا يكون الكفيل كفيلاً بجميع الدين المذكور.

كذا لوقال شخص لآخر قد أبرأتك في ربع الدين المطلوب لي منك فيكون الإبراء لذلك القسم من الدين فقط.

«مستثنيات هذه القاعدة»

ولهذه القاعدة مستثنى واحد وهو: لو قال شخص لآخر أن نصفي أو ثلثي يكفلك على كذا فلا تنعقد الكفالة ولا تكون تسمية الجزء في ذلك قائمة مقام تسمية الكل.

«المادة ٦٤» المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة

إن هذه القاعدة ذكرت في المجامع على الصورة الآتية «المطلق يجري على إطلاقه كما أن المقيد يجري على تقييده» وقد وردت في الكتب الفقهية الحنفية «المطلق ينصرف إلى الكمال» فالمطلق مقابل المقيد أي أن المطلق ضد المقيد.

المطلق

تعريفه: هو الحصة التي قد تشمل حصصا غيرها بدون تعيين في الشيء الذي تكون شائعة في جنسه وحقيقتها وماهيتها من حقيقته وماهيته.

وقد عرف المطلق تعريفاً آخر وهو أنه الأمر المجرد من القرائن الدالـة على التخصيص والتعميم والتكرار والمرة.

والمقيد: هو المقارن لإحدى هذه القرائن

مثال: إذا اتفق شخص مع خياط على خياطة جبة له ولم يشترط الرجل على الخياط بأن يخيطها بنفسه يحق للخياط أن يعهد بخياطة تلك الجبة إلى أجيره ولا يضمن الخياط الجبة فيما لو تلفت بيد الأجير بدون تعد ولا تقصير لأن العقد جرى مطلقاً ولم يقيد والمطلق يجري على إطلاقه كما مر.

بخلاف ما لو اشترط صاحب الجبة على الخياط أن يخيطها بنفسه وعهد الخياط بخياطتها لأجيره فتلفت يكون الخياط ضامناً.

كذلك لو أعار شخص مالا لآخر ولم يقيد العارية بنوع الانتفاع أو لم يقيدها بانتفاع المستعير بها فقط يحق للمستعير توفيقاً للمادة ٨١٩ من المجلة أن ينتفع بالمال المعار بذاته أو بإعارته لآخر ينتفع به وله أن ينتفع به بأي من أنواع الإنتفاع بخلاف ما لو قيد المعير الإعارة بنوع من أنواع الإنتفاع أو قيدها بانتفاع المستعير فقط فلا يحق للمستعير أن يتجاوز قيود المعير للإعارة.

كذلك الوكيل بالبيع على وجه الإطلاق يحق له حسب المادة ١٤٩٤ أن يبيع المال الموكل ببيعه بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان أو كثيراً بخلاف ما لو عين الموكل للوكيل المقدار الذي يقبله ثمناً لماله فلا يحق للوكيل حينئذ حسب المادة ١٤٥٩ أن يبيع المال بأقل من ذلك المقدار المعين لأن الموكل قد قيد الوكالة ببيان الثمن الذي يرتضيه ثمناً لماله.

هذا وإن الأمثلة التي مرت معنا هنا كلها أمثلة على التقييد بالنص وفيما يلي بعض الأمثلة على التقييد بالدلالة وهي:

إذا وكل مكار شخصاً آخر ليشتري له فرساً بدون أن يعين له وصفاً فالوكالة هنا مقيدة بحال الموكل وعمله فليس للوكيل بداعي الإطلاق في الوكالة أن يشتري فرساً للموكل من جياد الخيل بمائتي جنيه بل إنما له أن يشتري الفرس الذي يتناسب ثمنه مع حال موكله وعمله فهنا وإن لم يوجد تقييد بالنص فالتقييد بالدلالة مانع من أن يشتري الوكيل فرساً من جياد الخيل لذلك الموكل المكاري ولو اشترى الوكيل على الفرض فرساً جواداً لا يلزم به الموكل ويبقى للوكيل.

كذلك الوكالة المطلقة بشراء شيء فإنها وإن لم يوجد بها قيد للثمن فالدلالة توجب على الوكيل الشراء بالقيمة المثلية وإلا فمع الغبن اليسير ولا يحق للوكيل أن يشتري ذلك الشيء بثمن يكون به غبن فاحش على الموكل المادة (١٤٨٢).

كذلك لو وكل شخص آخر قرب عيد الأضحى بأن يشتري له خروفاً أو في فصل الصيف بشراء ثلج أو في فصل الشتاء بشراء فحم ولم يعين له مدة الشراء فعقد الوكالة وإن كان بالظاهر لا

يحتوي على قيد لعدم وجود نص للتقييد فيه فالقيد هنا موجود دلالة فعليه لا يحق للوكيل شراء الخروف بعد مرور عيد الأضحى والثلج بعد دخول فصل الشتاء والفحم بعد انقضاء الشتاء وإن فعل لا يلزم الموكل بالشيء المشترى.

﴿المادة ٦٥﴾ الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر

مثلاً: لو أراد البائع بيع فرس أشهب حاضر في المجلس وقال في إيجابه بعت هذا الفرس الأدهم وأشار إليه وقبل البائع صح البيع ولغا وصف الأدهم أما لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم فلا ينعقد البيع.

يعني: لو عرف شخص شيئاً ببيان جنسه ووصفه ينظر فإذا كان الموصوف حاضراً وكان مشاراً إليه حين الوصف وكان الموصوف والمسمى من جنس المشار إليه فالوصف لغو ولا حكم له وأما إذا كان الموصوف غائباً عن مجلس الوصف فالوصف معتبر.

يجري حكم هذه القاعدة في النكاح، والبيع، الإجارة وفي سائر العقود.

قد ذكر في متن هذه المادة أن البائع «لو باع فرساً غائباً وذكر أنه أشهب والحال أنه أدهم لا ينعقد البيع» ولكن المادة ٣١٠ تصرح بأن البيع يكون منعقداً وإنما يكون للمشتري حق الفسخ بخيار الوصف وقد جاء في الأشباه (ألا ترى أن من اشترى فصاً على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد البيع لاختلاف الجنس أما لو اشتراه على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس)

فيفهم من ذلك كله أنه إذا كان الجنس متحداً فاختلاف الوصف لا يكون مانعاً من الإنعقاد.

هذا وأن المادة ١٠٧ قد عرفت البيع غير المنعقد بالبيع الباطل فعليه يفهم من عبارة (غير منعقد) في هذه المادة أن البيع باطل إلّا أنه نظراً لكون العبارة هذه مخالفة للنقل فيجب أن يفهم منها أن البيع لا يعقد لازماً.

كذا لو ادعى شخص بحضور القاضي قائلاً أن هذا الحديد الذي وزنه مئة رطل هو مالي فظهر وزنه أكثر من ذلك فالدعوى والشهادة مقبولتان لأن الوزن في المشار إليه صفة وهي لغو.

والحاصل لأجل أن يكون الوصف لغواً يجب وجود شرطين اثنين:

الأول: أن يكون الشيء الموصوف موجوداً في مجلس الوصف.

الثاني: أن يكون ذلك الشيء الموجود في مجلس الوصف من جنس الموصوف.

حتى إذا لم يوجد الشرط الأول ـ أي إذا لم يكن الموصوف حاضراً ـ ووجد الشرط الثاني فقط

يكون الوصف معتبراً كذلك لو وجد الشرط الأول ولم يوجد الشرط الثاني ـ أي إذا لم يكن الموصوف من جنس الوصف ـ يعتبر الوصف أيضاً.

هذا وأن الشيء المسمى والموصوف إذا كان مخالفاً لجنس المشار إليه وكان العاقدان لا يعلمان أنه كذلك فيكون الوصف حينئذ معتبراً ويتعلق العقد بالشيء المسمى أي بذلك الشيء الموصوف لا بالشيء المشار إليه لأن المسمى هو مثل للمشار إليه وليس بوصف تابع له. والحاصل أن التسمية والوصف أقوى من الإشارة من جهة والإشارة أقوى من التسمية والوصف من جهة أخرى. وإيضاح ذلك أن التسمية والوصف هما وصف للماهية وتعريف لها وبما أن اعتبار المعنى أرجح فيهما تكون تسميتها والوصف أقوى من الإشارة وبما أن الإشارة تقطع الاشتراك وتزيل احتمال المجاز فهي من هذه الجهة أقوى من التسمية والوصف.

فعليه في حالة وجود المسمى مخالفاً لجنس المشار إليه يرجح القسم الأول أما إذا كان المسمى من جنس المشار إليه فيكون من القسم الثاني. مثال ذلك: إذا أشار البائع إلى فص ووصفه بقوله مخاطباً المشتري قد بعتك هذا الألماس وكان ذلك الفص بلوراً فبما أن البيع تعلق بالألماس وبما أن الوصف هنا معتبر والألماس معدوم في هذا البيع فالبيع باطل أما إذا كان المسمى مخالفاً لجنس المشار إلبه وكان العاقدان عالمين بذلك فالعقد يتعلق بالمشار إليه ويكون البيع صحيحاً. مثال ذلك: لو أشار شخص إلى جمل قائلاً للمشتري قد بعتك هذا الحمار وكان المشتري عالماً بأن البيع لم يكن حماراً بل جملاً وقبل الشراء فالبيع ينعقد بحق الجمل ولا ينعقد بحق الحمار المسمى لأن العقد هنا يتعلق بالمشار إليه إذ التعريف بالشيء إنما يكون بأمرين الأول بالإشارة لعينه والثاني بتسميته فإذا اجتمع الاثنان فالاعتبار للعين لا للتسمية.

﴿المادة ٦٦﴾ السؤال معاد في الجواب

يعني أن ما قيل في السؤال المصدق كان المجيب المصدق قد أقر به.

هذه القاعدة مذكورة في الأشباه وبما أن الفقهاء قد ذكروها بصورة مطلقة فيفهم من ذلك أن حكمه يجري في جميع أبواب الفقه.

قلنا: إن القاعدة مذكورة بصورة مطلقة ولكنها في الحقيقة مقيدة وإليك التفصيل: إذا ورد كلام جواباً على سؤال فإذا كان الكلام بمقدار ما يحتاج إليه الجواب فالكلام المذكور يكون مقصوراً على السؤال ويكون السؤال معاداً في الجواب ضمناً وأما إذا كان الكلام زائداً عما يحتاج إليه الجواب فيكون الكلام إنشاء في الظاهر ولكن قد يكون جواباً خلاف الظاهر فإذا قال المجيب إنما قصدت الجواب بكلامي يصدق ديانة لا قضاء. مثال: لو باع شخص بطريق الفضول مالاً من آخر وبلغ البائع صاحب المال وبينما هو يفتكر في ذلك سأله سائل قائلاً هل تأذنني بإجازة ذلك البيع فأجابه بقوله نعم فقوله بمعنى أذنتك بالإجازة فينفذ البيع إذا إجازه ذلك الشخص المأذون بالإجازة كذا لو

قال شخص لآخر قد بعتك داري بكذا مبلغاً أو أجرتك دكاني بكذا بدلاً واجابه بقوله نعم فيكون ذلك قبولاً منه بالبيع والإجارة ويكون البيع والإجارة منعقدين. كذلك إذا قال شخص لمدينه هل تقر بما في هذا السند وأجاب المدين قائلاً نعم فيكون قد أقر بجميع ما ورد في السند المذكور كذلك لو قال شخص لآخر أن لي عندك عشر جنيهات فاوفني اياها فأجابه قائلاً نعم فيكون قد أقر بذلك المبلغ ومكلفاً بأدائه إلى المقر له كذلك لو قال شخص لشخص مريض هل أوصيت بثلث مالك ليصرف في وجوه البر والإحسان وهل نصبتني وصياً لتنفيذ وصيتك هذه واجابه بكلمة أوصيت أو فعلت فيكون قد أوصى بذلك المال ونصبه وصياً.

﴿المادة ٦٧﴾ لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان

يعني: إنه لا يعد ساكت أنه قال كذا لكن السكوت فيما يلزم التكلم به اقرار وبيان

وذلك كما إذا رأيت أحداً يتصرف في شيء تصرف المالك بلا أذن منك وسكت بلا عذر يعد ذلك إقراراً منك بأنك غير مالك له.

إن الفقرة الأولى من هذه المادة مأخوذة من (الأشباه) والثانية مأخوذة من علم أصول الفقه وقد ورد في كتاب (المرآة) (ومنه أي من بيان الضرورة السكوت لدى الحاجة إلى البيان بما يدل عليه أي على كون السكوت بيان حال المتكم أي الذي شأنه التكلم في الحادثة لا أنه المتكلم بالفعل فأن السكوت ينافيه)

فالأمثلة على الفقرة الأولى هي كما يأتي:

إذا باع شخص مال غيره على مرأى ومسمع منه وسكت عن عمله أي أنه لم ينهه عن البيع فلا يعد هذا السكوت من صاحب المال كما ورد في المادة (١٦٥٩) رضاءً منه بالبيع أو إجازة له

كذا إذا أخبر شخص صاحب مال بأن شخصاً باع ذلك المال من آخر فسكت صاحب المال فلا يعد سكوته إجازة لبيع الفضولي.

كذلك: إذا أتلف شخص مال آخر بحضوره وسكت فلا يعد ذلك من صاحب المال إذناً بإتلاف المال

كذا: إذا رأى القاضي قاصراً ليس له وصي يتعاطى التجارة وسكت فلا يعد ذلك إذناً منه للقاصر بتعاطي التجارة.

كذلك إذا جمع شخص أناساً في مرض موته وأشهدهم على أنه ليس مديناً لأحد من الناس وكان لرجل من الحضور عليه دين ولم يتكلم فذلك لا يمنع الرجل بعد وفاة المشهد من الإدعاء بما له عليه من الدين

والأمثلة على الفقرة الثانية كما يلي:

إذا قبض المشتري المبيع بحضور البائع الذي له حق حبس المبيع وسكت ولم يمنعه بعد ذلك منه إجازة له بالقبض ولا يحق للبائع بعد قبض المشتري المبيع عملاً بالمادة (٢٨١) استعادة المبيع وحبسه

كذلك: إذا أراد شخص شراء مال وفيها هو يستلمه من صاحبه أخبره رجل بأن في المال عيباً فسكت فسكوته يعد رضاء منه بالعيب فإذا اشتراه بعد ذلك فليس له أن يرده بخيار العيب

كذلك: إذا كان شخص ساكناً بطريق الغصب أو العارية في دار آخر وقال له صاحب المال (أسكن في الدار بأجرة كذا وإلّا فاخرج منها) فسكت الساكن وبقي في الدار فيكون قد استأجر تلك الدار ورضي بدفع البدل الذي ذكره صاحبها.

كذلك: إذا كان عند رجل راع يرعى له غنمه وقال له إني لا أرعى غنمك بمائة قرش أجرة سنوية بل أريد مائتين فسكت صاحب الغنم وبقي الراعي يرعى فيكون صاحب المال قد قبل استئجار الراعي بمائتي قرش ويلزمه دفع المائتين.

كذا: إذا باع الراهن المال المرهون بحضور المرتهن وسكت فيكون قد أجاز البيع وأصبح الرهن باطلاً

كذلك: إذا قبض الموهوب له المال الموهوب بحضور الواهب وسكت فيكون ذلك منه بمقتضى المادة (٨٤٣) إذناً بالقبض.

كذلك: إذا باع شخص مال زوجته أو أحد أقاربه من آخر بحضورها على أنه له وسكتت فليس للزوجة أو للقريب بعد ذلك أن تدعي بملكية ذلك المال لأن سكوتها على بيع ذلك المال بحضورها وعدم اعتراضها إقرار منها بعدم ملكيتها ذلك المال.

كذلك: إذا وهب الدائن الدين لمدينه وسكت المدين فالهبة صحيحة ويسقط الدين. والسكوت هنا يعد قبولاً للهبة.

كذا: إذا ترك شخص مالاً عند آخر قائلاً أن هذا المال وديعة وسكت المستودع تنعقد الوديعة

كذلك: إذا وكل شخص آخر بشيء والوكيل سكت وبعد سكوته باشر إجراء الأمر الموكل به فلا يكون عمله فضولاً

كذا: سكوت المقر له يعد قبولاً كأن يقر شخص بمال لآخر ويسكت المقر له فسكوته يعد تصديقاً وقبولاً بالإقرار.

﴿المادة ٦٨﴾ دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه.

يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعسر الإطلاع على حقيقته.

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع ويفهم منها أنه إذا كان شيء من الأمور التي لا تظهر للعيان فسببه الظاهري يقوم بالدلالة على وجوده لأن الأمور الباطنة لا يمكن للإنسان أن يستدل عليها إلا بمظاهرها الخارجية

تعريف الدليل: هو الشيء الذي يستلزم العلم به العلم بشيء آخر: كما لو رأى راءٍ دخاناً ينبعث من مكان فيستلزم ذلك بأن يستدل على وجود نار في ذلك المكان.

وإليك الأمثلة الآتية إيضاحاً لهذه المادة:

إذا أوجب أحد الفريقين البيع وقبل أن يقبل الفريق الآخر ظهر منه قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب وذلك بمقتضى المادة (١٨٣) فالإعراض هنا هو من الأمور الباطنة ولا يمكن الاطلاع على إعراض إنسان عن شيء إلّا بما يظهره من الأفعال ومتى ما أظهر شيئاً يدل على إعراض ولو لم يقصد ذلك حقيقة فلأن الأفعال الظاهرة تقوم مقام تلك الأمور يتخذ دليلاً على الإعراض وإيضاحاً لهذا المثال نقول:

ينعقد البيع بإيجاب وقبول «فالإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين والقبول ثاني كلام يصدر من أحدهما» ويشترط اتحاد المجلس وعدم وقوع ما يدل على الاعراض بينهما ولكن إذا حصل ما يدل على الإعراض قبل القبول بطل الإيجاب على أنه لا ينعقد البيع فيما لو قبل الفريق الآخر بعد ذلك في نفس المجلس كأن يقول شخص لآخر بعتك المال الفلاني بكذا قرشاً وسكت ذلك الشخص مدة طويلة ولم يعمل عملاً يدل على إعراض أو غيره ثم قال قبلت ينعقد البيع ولكن إذا أعرض بقول أو فعل بعد وقوع الإيجاب كما لو أخذ يتكلم في موضوع آخر أو قام من المجلس أو أجرى أي عمل آخر يدل على الإعراض ثم قبل لا ينعقد البيع لأنه أبطل الإيجاب بإعراضه فيلزم تجديد الإيجاب والقبول حتى ينعقد البيع.

كذلك: إذا اشترى شخص حيواناً من آخر ولما اطلع على عيب فيه أخذ يداويه فبما أن الرضا بالعيب من الأمور الباطنة وما لم يبد من الأمور ما يدل عليه وبما أن الأخذ في مداواة الحيوان دليل على الرضاء بالعيب الذي فيه لا يحق له رد المبيع بالعيب الذي فيه.

كذلك: بما أن الملتقط «وهو الذي أصاب لقطة» يكون حكمه حكم الغاصب إذا قصد أخذها لنفسه وحكم الأمين إذا قصد إعادتها لصاحبها وبما أنه لا يمكننا أن نعرف ما يكنه ضميره ويشتمل عليه وجدانه إلا بما يظهره من الأفعال أو الأقوال فإذا أشهد حينما وجد اللقطة على أنه انما التقطها ليعيدها لصاحبها وأعلن في الصحف عنها مثلاً يستدل من ذلك على أنه يقصد إعادتها وتكون بيده وديعة وإذا أخفاها ولم يخبر أحداً بها ولم يعلن عنها فيكون حكمه حكم الغاصب كما تقدم فعليه إذا تلف ذلك الملتقط بلا تعد ولا تقصير وهو عند الأول لا يضمنه لأنه أمين والثاني

يكون ضامناً على كل حال فيما لو تلف بيده.

كذلك: شهادة الشاهد على ملكية واضع اليد وإن كانت أحياناً تكون بناءً على اطلاعه على سبب من أسباب الملكية كالشراء مثلاً فهي في الغالب تكون مستندة على الدلائل الظاهرة من تصرف وغيره ولو لم تكن تلك الدلائل تقوم مقام مدلوها في الأشياء الباطنة لما حق للشاهد أن يشهد على الملكية لأنها ليست من الأمور المحسوسة التي تظهر للعيان بل لكان ذلك داعياً لسد باب الشهادة على كل حال

كذلك القصد في القتل يثبت بالأعمال التي تصدر من القاتل كاستعماله الآلات الجارحة وضرب المقتول بها عدة ضربات مثلاً

«المادة ٦٩» الكتاب كالخطاب

هذه المادة هي نفس قاعدة (الكتاب كالخطاب) المذكورة في الأشباه. والمقصود فيها هو أنه كما يجوز لاثنين أن يعقد بينهما مشافهة عقد بيع أو إجارة أو كفالة أو حوالة أو رهن أو ما إلى ذلك من العقود يجوز لهما عقد ذلك مكاتبة أيضاً.

والكتب على ثلاثة أنواع: (١) المستبينة المرسومة (٢) المستبينة غير المرسومة (٣) غير المستبينة

فالمستبينة المرسومة هي أن يكون الكتاب منها مما يقرأ خطه ويكون وفقاً لعادات الناس ورسومهم ومعنوناً.

وقد كان من المتعارف في زمن صاحب (مجمع الأنهر) أن يكتب الكتاب على ورق ويختم أعلاه وكل كتاب لا يكون على هذه الصورة مكتوباً على ورق ومختوماً لا يعد مرسوماً أما في زماننا فالكتاب يعد مرسوماً بالختم والتوقيع على حد سواء وذلك بمقتضى المادة (١٦١٠)

ولكن إذا كتب كتاب في زماننا على غير الورق مثلاً ينظر إذا كان المعتاد أن تكتب الكتب على غير الورق يعتبر ذلك الكتاب كما لو كتب على ورق وإلا فلا.

والحاصل أن كل كتاب يحرر على الوجه المتعارف من الناس حجة على كاتبه كالنطق باللسان

والمستبينة غير المرسومة هي أن يكون الكتاب مكتوباً على غير ما هو متعارف بين الناس كأن يكون مكتوباً على حائط أو ورق شجر أو بلاطة مثلاً

فالكتاب الذي يكتب على هذه الصورة لغو ولا يعتبر حجة في حق صاحبه إلا إن نوى أو أشهد على نفسه حين الكتابة والإملاء يقوم مقام الإشهاد أيضاً لأن الكتابات التي تكون على هذه الصورة كما أنها قد تكون بقصد بيان الحقيقة تكون في الغالب بقصد التجربة أو عبثاً فتحتاج إلى ما يؤيدها كالنية أو الإشهاد او الإملاء حتى تعتبر حجة بحق كاتبها.

وغير المستبينة هي كالكتابة على الماء وحكمها حكم الكلام غير المسموع لا يترتب على كاتبها

حكم وإن نوى مثال ذلك لو كتب شخص عبارة «إنني مدين بكذا قرشاً لفلان» على سطح ماء نهر أو في الهواء لا يعد مقراً بذلك المبلغ للشخص المذكور.

والمقصود هنا بالكتابة على الماء أو في الهواء كما لا يخفى هو تحريك اليد بحروف الكلمات كما تحرك بالقلم على صفحة القرطاس.

وفيما يأتي أمثلة على هذه المادة:

إذا كتب شخص تحريراً معنوناً ومرسوماً إلى شخص غائب قائلاً فيه «إنني قد بعت منك المال الفلاني بكذا قرشاً وقبل المرسل إليه المبيع بذلك المبلغ في مجلس قراءة الكتاب أو حرر كتاباً للبائع ينبئه بالقول ينعقد البيع وذلك بمقتضى المادة (١٧٣) وكذلك الإجارة كما ورد في المادة (٤٣٦) تنعقد بالمكاتبة وكذا ينعزل الوكيل بمجرد اطلاعه على الكتاب المرسل من موكله لعزله.

﴿المادة ٧٠﴾ الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

يفهم من هذه المادة أن إشارة الأخرس المعهودة منه كالإشارة باليد أو الحاجب هي كالبيان باللسان لأنه لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس ولكان عرضة للموت جوعاً.

ويفهم من إيراد هذه المادة مطلقة أن إشارة الأخرس تكون معتبرة سواء كان عالماً بالكتابة أو غير عالم.

لأن الكتابة والإشارة بدرجة واحدة تقريباً من حيث الدلالة على المراد وإليك ما يختلفان فيه من النقاط.

فالكتابة مقدمة على الإشارة من حيث انها تتضمن ما يقصده الكاتب عيناً والإشارة مقدمة على الكتابة من حيث إنها تكون بالرأس واليدين وهما العضوان اللذان يستعين بهما المتكلم للإعراب عن ضميره.

فعليه قد جعل للأخرس الخيار بين أن يستعمل الكتابة في التعبير عن أفكاره لأنه لا مرجح لواحدة منهما على الأخرى كما قلنا «تكملة البحر».

على أنه قد قال ابن الهمام «إشارة الأخرس المقصودة في الكلام هي الإشارة المقارنة لتصويته لأن الأخرس من عادته عند التعبير عن شيء أن يقرن الإشارة بالتصويت». وقد زاد الحموي عليه بقوله ويشترط أن تكون قراءة الأخرس مقرونة بالتصويت.

فما تقدم من قول ابن الهمام والحموي يفهم أنه من الواجب اقتران التصويت بالإشارة عند القراءة والكلام ولكن هل يجب اقتران الإشارة بالتصويت في الإجارة وغيرها من العقود أم لا؟ فاقتران الإشارة بالتصويت واجب على كل حال بدليل ما أورده ابن الهمام.

هذا واشارة الأخرس إذا كانت غير معلومة يحقق من اقاربه واصدقائه وجيرانه عما يقصد بها ولا ريب في أنه يجب أن يكون المستخبر منهم عدولاً موثوقي الشهادة وقد قال شراح الهداية ان الاشارة التي تصدر من الاخرس على نوعين: الأول تحريك الأخرس رأسه عرضاً فهذه الاشارة اشارة الإنكار.

الثاني: تحريك الأخرس رأسه طولاً وهي اشارة الاقرار.

وهاتان الاشارتان إذا كانتا معروفتين للأخرس تعد الأولى إذا صدرت منه انكاراً والثانية اقراراً. على أن الاخرس إذا كان ممن يحسن الكتابة فكتابته معتبرة كاشارته المعروفة. وقد قيدت الإشارة في هذه المادة بالاخرس لأنه كما ورد في المادة (١٥٨٦) لا تعتبر اشارة الناطق كما لو قال شخص لناطق هل لفلان عليك كذا دراهم فلا يكون قد اقر بالدراهم إذا خفض رأسه كذا لو باع شخص مال شخص ناطق فبلغه الخبر وبينما هو يفكر ويتأمل خاطبه شخص بقوله هل تجيز البيع فحرك رأسه طولاً علامة الموافقة للاخرس فلا يعتبر ذلك منه اجازة للبيع.

وقد وردت هذه المادة في الاشباه وهي كما يأتي: «الاشارة من الاخرس مقيدة وقائمة مقام العبارة في كل شيء، من بيع، واجارة، وهبة، ورهن، ونكاح، وطلاق، وابراء، واقرار، وقصاص»

والحاصل أنه يحق للاخرس باشارته المعهودة أن يأتي كل ما يأتيه الناطقون يعقد أي عقد اراد يجيز ويقر وينكل عن حلف اليمين ويوكل بادارة اموره وذلك بمقتضى المادة (١٧٤ و٤٣٦ و١٥٨٦)

هذا وإذا نظمت وصية الأخرس بحضوره وخاطبه الحاضرون قائلين له هل نشهد عليك فأشار بتحريك رأسه الحركة المتعارفة بأنها اشارة له على الموافقة يكون قد أوصى بما في الوصية، بيد أن الخرس على نوعين (١) خرس اصلي (٢) وخرس عارض.

وبما أنه قد جاء في المادة ذكر الأخرس بدون تعيين فهي شاملة للاثنين إلا أنه لما كان المقصود في المادة حقيقة هو الخرس الأصلي والخرس العارض يسمى «اعتقال اللسان» وهو يحدث للانسان بمرض أو خوف أو سقوط من شاهق أو غير ذلك وربما زال فانطلق اللسان ولما كانت الإشارة إنما جوزت للضرورة والضرورة لا تكون الاعند اليأس من انطلاق اللسان فاشارة معتقل اللسان لا تعتبر ولا تتخذ حجة بحقه. ولكن إذا استدام الاعتقال في انسان حتى موته فاقراره قبل موته باشارته المعروفة يكون معتبراً كما لو كان اخرس اصلياً.

على أن اشارة الأخرس وكتابته إنما تعتبران وتتخذان حجة في المعاملات الحقوقية فقط فشهادة الأخرس اشارة وكتابة لا تعتبر في العقوبات عملاً بقاعدة «وجوب درء الحدود بالشبهات»

﴿المادة٧١﴾ يقبل قول المترجم مطلقاً

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه والمترجم هو الذي يفسر لغة بأخرى والشيخان يريان أنه يقبل قول المترجم الواحد أما الإمام محمد فذهب إلى أن من اللازم أن يكون عدد المترجمين لا يقل عن نصاب الشهادة ولما جاء ذكر المترجم في هذه المادة وفي المادة (١٢٧) بصيغة المفرد استدل على أن المجلة قد اخذت بقول الشيخين وقد اشترط الإمام الأعظم في المترجم الا يكون اعمى.

فعليه وبمقتضى هذه المادة إذا كان الحاكم غير عارف بلسان المدعي أو المدعى عليه أو شهودهما فعليه أن يستمع ادعاء المدعي أو دفاع المدعى عليه أو شهادة الشهود بواسطة المترجم ويجب أن يعتبرها كما لو كانت صادرة رأساً من اصحابها ويشترط في المترجم أن يكون عدلاً وغير اعمى كما قلنا وإذا أمكن أن يكون مترجمان فلا بأس في ذلك احتياطاً.

﴿المادة ٧٢﴾ لا عبرة بالظن البين خطأه

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه ويفهم منها أنه إذا وقع فعل بناء على ظن كهذا لا يعتبر ذلك فإذا حدث فعل استناداً على ظن ثم تبين أنه مخالف للحكم الشرعي يجب عدم اعتباره.

مثال ذلك: لو اوفى كفيل الدين الذي كفل به أحد الناس ثم تبين له أن الأصيل كان قبل ذلك أوفى الدين المذكور يحق للكفيل أن يسترد المال المدفوع كما يحق للأصيل أيضاً فيما لو دفع ديناً عليه بعد أن أوفاه عنه الكفيل أن يطالب به الدائن لأن دفعهما للمال كان عن خطأ لظنهما أن يلزمهما ودفع المال خطأ لا يرتب حقاً للمدفوع إليه ولا يكون مانعاً من استرداد ذلك الحق. كذلك إذ ادعى شخص على آخر بالف قرش فقال المدعى عليه للمدعي إذا حلفت بان هذا المبلغ الذي تدعيه يلزم ذمتي لك ادفعه لك فحلف وظن المطالب بأنه مجبر على اداء المبلغ بموجب الشرط الذي اشترطه على نفسه فدفع المبلغ لكن بعد ذلك إذا تبين له أن اليمين بمقتضى المادة (٧٦) لا يتوجه على المدعي بل على المدعى عليه المنكر يحق له استرداد ما دفعه كذلك إذا استهلك أو اتلف شخص مالا لآخر ظاناً بان المال ماله يضمن قيمة ذلك المال.

كذلك: لو كان شخص يشتري من تاجر بضائع ويقيد التاجر ما يشتريه الرجل بدفتره واراد المشتري دفع ثمن ما اخذه فطلب من التاجر أن يجمع كل ما اخذه منه فغلط التاجر فبدلاً من الف طلب الفين ودفع المشتري الالفين ثم بعد ذلك تبين له أن المطلوب منه ألف قرش فقط فدفع الالف الثانية للتاجر خطأ لا يمنعه من استردادها.

كذلك: لو أعطى شخص آخر مبلغاً ظاناً بأنه مدين له به ثم تبين له أنه غير مدين يحق له استرداد ما دفعه.

كذلك: لو أعطى شخص آخر مبلغاً ظاناً بان المبلغ مطلوب من والده لذلك الرجل ثم تبين له أن والده لم يكن مديناً لذلك الشخص يحق له استرداد المال.

«مستثنى هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنى واحد وهو أنه لو باع شخص حيواناً من آخر فطلبه جاره بالشفعة فظن المشتري بان الشفعة تجري في المنقول كما في غيره وسلم الحيوان للشفيع برضاه واختياره فليس له بعد ذلك إذا اطلع على خطأه استرداد الحيوان لأنه بتسليمه المبيع يكون قد عقد بينه وبين ذلك الرجل عقد تعاط.

«المادة ٧٣» لا حجة مع الاحتمال الناشئ عن دليل

هذه القاعدة قد وردت في المجامع ويفهم منها أن كل حجة عارضها احتمال مستند إلى دليل يجعلها غير معتبرة ولكن الاحتمال غير المستند إلى دليل فهو بمنزلة العدم. مثال ذلك: لو أقر أحد لاحد ورثته بدين فإن كان في مرض موته لا يصح ما لم يصدقه باقي الورثة وذلك لأن احتمال كون المريض قصد بهذا الإقرار حرمان سائر الورثة مستنداً إلى دليل كونه في المرض وأما إذا كان الإقرار في حال الصحة جاز واحتمال ارادة حرمان سائر الورثة حينئذ من حيث أنه احتمال مجرد ونوع من التوهم لا يمنع حجة الاقرار.

ولكن اقرار المريض لغير الوارث لان في إمكان المريض إيصال المنفعة للاجنبي بطريق الوصية لا يوجد فيه ما يوجد للوارث من الاحتمال فهو صحيح ومعتبر.

«المادة ٧٤» لا عبرة للتوهم

هذه القاعدة ذكرت في كثير من الكتب الفقهية ومنها «مجمع الفتاوى».

ويفهم منها أنه كما لا يثبت حكم شرعي استناداً على وهم لا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ.

مثال ذلك: إذا توفي المفلس تباع أمواله وتقسم بين الغرماء وان توهم أنه ربما ظهر غريم آخر جديد والواجب محافظة على حقوق ذلك الدائن المجهول الا تقسم ولكن لأنه لا اعتبار للتوهم تقسم الأموال على الغرماء ومتى ظهر غريم جديد يأخذ حقه منهم حسب الأصول المشروعة.

كذا إذا بيعت دار وكان لها جاران لكل حق الشفعة أحدهما غائب فادعى الشفيع الحاضر الشفعة فيها يحكم له بذلك ولا يجوز ارجاء الحكم بداعي أن الغائب ربما طلب الشفعة في الدار المذكورة كذلك إذا كان لدار شخص نافذة على أخرى لجاره تزيد على طول الانسان فجاء الجار طالباً سد تلك النافذة بداعي أنه من الممكن أن يأتي صاحب النافذة بسلم ويشرف على مقر النساء فلا يلتفت لطلبه كذا لا يلتفت لطلبه فيما لو وضع جاره في غرفة مجاورة له تبناً وطلب رفعه بداعي أنه من المحتمل ان تعلق به النار فتحترق داره.

كذا: إذا جرح شخص آخر ثم شفي المجروح من جرحه تماماً وعاش مدة ثم توفي فأدعى ورثته بأنه من الجائز أن يكون والدهم مات بتأثير الجرح فلا تسمع دعواهم.

«المادة ٧٥» الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان

يعني إذا ثبت شيء بالبينة الشرعية مثلاً كان حكمه كالمشاهدة بالعيان.

البرهان - هو الدليل الذي يفرق بين الحق والباطل ويميز الصحيح من الفاسد. يستعمل الفقهاء كلمة «برهن عليه» بمعنى أقام شهوداً والشهادة التي يقصدها الفقهاء بهذه الكلمة هي الشهادة العادلة . ذلك غير ما يريده الاصوليون بها.

العيان - رؤية الشيء بصورة واضحة لا يبقى معها مجال للاشتباه. يقال فلان عاين الشيء الفلاني يراد بذلك أنه نظره بعينه.

مثال: إذا ادعى شخص على آخر بحق ما فكما أن اقراره - فيما لو اقر - يتخذ حجة ومداراً للحكم عليه نتخذ الشهادة مداراً للحكم أيضاً فيما لو أنكر المدعى عليه واثبت المدعي ذلك بالشهادة العادلة.

«المادة ٧٦» البينة للمدعي واليمين على من أنكر

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف القائل «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» ويؤيدها الدليل العقلي لأن كلام المدعي مخالف للظاهر فهو ضعيف يحتاج لبينة تدعمه وكلام المدعى عليه لما كان موافقاً للظاهر فهو لا يحتاج لتقوية ما سوى اليمين.

البينة - هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي. وبما أن الشهادة تفيد بياناً سميت بينة وسميت حجة لأن الخصم يتغلب بها على خصمه.

الدعوى - هي طلب أحد حقه من آخر في حضور المحاكم ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه «مادة ١٦١٣»

المدعى - هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به أيضاً «مادة ١٦١٤».

اليمين - هو تأييد الحالف لخبره بالقسم باسم الله.

هذا ويعلم بعض احكام هذه القاعدة عقلاً وبعضها شرعاً وإليك البيان:

من المعلوم عقلاً أن كل خبر يحتمل الصدق والكذب فالادعاء المجرد لا يخرج عن كونه خبراً فما لم يدعم ببينة فلا مرجح لأحد الاحتمالين. والحكم الشرعي هو أنه متى ما أثبت المدعي استحقاقه بالمدعى به استحقه.

فعليه إذا ادعى مدع على آخر بحق له بحضور الحاكم والمدعى عليه أنكر دعوى المدعي فالحاكم بمقتضى المادة (١٨١٧) يطلب من المدعي بينة على دعواه ولا تطلب البينة من المدعى عليه مطلقاً فإذا عجز المدعي عن البينة يحلف المدعى عليه المنكر اليمين وذلك بمقتضى المادة (١٨١٨) ولا يحلف المدعي مطلقاً.

مثال: لو اشترى شخص مالاً من آخر فادعى البائع على المشتري قائلاً له أنه اشترى مني المال الفلاني بالوكالة وأضاف العقد لنفسه وأخذ المال فليدفع لي الثمن وادعى المدعى عليه أنه لم يكن وكيلاً بالشراء بل رسولاً وأنه لذلك بمقتضى المادة (١٤٦٣) غير مطالب بدفع الثمن فتطلب البينة من المدعي لأنه يدعي بأن المشتري اضاف العقد لنفسه ويكلف المشتري باليمين لانه ينكر اضافه العقد لنفسه. ان هذه القاعدة لا يعدل عنها مطلقاً حتى لو ادعى شخص على آخر بمبلغ في ذمته وقال المدعى عليه للمدعي إذا حلفت بان هذا المبلغ يلزم ذمتي ادفعه لك فحلف المدعي اليمين فلا يلزم المدعي عليه بدفع المبلغ المذكور.

هذا ومن الأمور اللازمة والمهمة في الدعوى تفريق المدعي من المدعى عليه وتعيينهما لأنه في بعض الأحيان يشتبه المدعي بالمدعى عليه كأن يكون رجل واضعاً يده على مال مثلاً فيجيء اجنبي ويدعي بأنه له وأن ليس لواضع اليد من حق في المال ويدعي واضع اليد مثل ذلك فظاهر الحال يدل على أن كلا منهما مدع ومنكر معاً ولكن بما أن نفس ملكية ذي اليد يدخل في دعوى الاجنبي ضمناً لان قصده اثبات الملك لنفسه واثبات واضع اليد الملكية لنفسه يدخل في دعواه لأنه يقصد نفس الملكية عن الأجنبي. وبما أن المدعي هو الذي يقول خلاف الظاهر والذي يكون قوله موافقاً للظاهر هو المدعى عليه فواضع اليد في هذه المسألة هو المدعى عليه والمدعي هو الاجنبي.

مثال آخر: إذا ادعى شخص على آخر بدين في ذمته فادعاؤه هذا ادعاء يشغل ذمة المدعى عليه وبما أن اشتغال الذمة خلاف الظاهر والأصل براءتها فالذي يدعي خلاف الظاهر مدع والثاني هو المدعى عليه.

على أن الإمام الشافعي (رضي الله عنه) قد ارتأى أنه يتوجه اليمين على المدعي في حالين هما:

الحال الأولى - إذا لم يكن عند المدعي بينة وطلب من المدعى عليه حلف اليمين فلم يحلف فترد اليمين على المدعي فإن حلف يحكم له وإلاَّ فلا. وقد استند في ذلك على ما رواه البخاري في صحيحه بأن الرسول الكريم ردها على صاحب الحق أي اليمين وما كان يفعله عمر بن الخطاب «رضي الله عنه» بمحضر من الصحابة.

الحال الثانية: - إذا كان للمدعي شاهد واحد وعجز عن إقامة الشاهد الثاني وتحليف المدعي في هذه الحال على أن ما شهد به الشاهد هو صدق وأنا مستحق للحق المشهود به.

ولكن للمدعي في هذه الحال أن يمتنع عن حلف اليمين ويكلف المدعى عليه بالحلف

وللمدعى عليه حينئذ أن يردها على المدعي أيضاً. إلا أن يمين المدعي قبل أن يكلف بها المدعى عليه غير اليمين التي ترد عليه بعد تكليف المدعى عليه بها وامتناعه عنها فهذه الأخيرة لتقوية جانبه بنكول الخصم وتلك لتقوية جانبه بالشاهد والفرق بينهما أنه لا يقضى بالأولى إلَّا في الأموال ويقضى بالثانية في جميع الحقوق. فإذا لم يحلف المدعي يمين الرد سقط حقه من اليمين.

﴿المادة ٧٧﴾ البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لبقاء الأصل

لأن الأصل يؤيده ظاهر الحال فلا يحتاج لتأييد آخر والذي يكون خلاف الظاهر يتراوح بين الصدق والكذب فيحتاج إلى مرجح لأحدهما على الآخر.

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع.

خلاف الظاهر وخلاف الأصل - خلاف الظاهر وخلاف الأصل كالموجود في الصفات العارضة واشتغال الذمة، وإضافة الحوادث إلى أبعد أوقاتها والأصل والظاهر في الصفات العارضة العدم كبراءة الذمة وإضافة الحادث إلى أقرب أوقاته (أنظر المادة ٨ و ٩ و ١١) كما إذا ادعى شخص قائلاً إنني بعت المال الفلاني من فلان حينما كنت صبياً وبما أن البيع المذكور بمقتضى المادة «٩٦٧» غير نافذ فاطلب رده واجاب المدعى عليه قائلاً أنه باعني إياه أثناء ما كان بالغاً والبيع نافذ فلأن الصغر وعدم البلوغ أصل فالقول مع اليمين لمدعي الصغر. وبما أن البلوغ عارض وهو خلاف الأصل فتطلب البينة من مدعي البلوغ كذلك إذ ادعى أحد المتبايعين أن البيع الذي وقع بينهما كان بيع وفاء وادعى الآخر أنه كان بيعاً باتاً فبما أن الظاهر والأصل أن يكون البيع باتاً فالقول لمن يدعي بأن البيع بات وبما أن وقوع البيع وفاء هو خلاف الأصل وخلاف الظاهر فتطلب البينة من مدعي الوفاء.

كذلك إذا اختلف البائع والمشتري في كون البيع وقع بإكراه أو برضاء فالقول لمن يدعي الرضاء لأنه أصل والبينة تطلب من مدعي الإكراه لأنه خلاف الأصل.

كذا لو ادعى شخص على آخر مطالباً إياه بدين والمدعى عليه أنكر ذلك فالبينة تطلب من المدعي لأنه يدعى خلاف الأصل وهو اشتغال الذمة راجع «المادة الثامنة» والقول مع اليمين للشخص الثاني لأنه يدعي براءة الذمة.

«مستثنيات هذه القاعدة»

يصدق الأمين بمقتضى المادة (١١٧٤) بيمينه على براءه ذمته وإليك الإيضاح:

إذا ادعى المودع طالباً من المستودع الوديعة وادعى المستودع أنه ردها له أو أنها تلفت بلا تعد ولا تقصير فالقول مع اليمين للمستودع والحال أن الرد والهلاك من الصفات العارضة والأصل

حسب المادة التاسعة عدمها وكان من اللازم بمقتضى هذه المادة أن يكون مكلفاً بإقامة البينة على رده الوديعة أو هلاكها بلا تعد ولا تقصير لأن ذلك خلاف الأصل والظاهر.

«المادة ٧٨» البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة

هذه القاعدة الشرعية وردت في كثير من الكتب الفقهية منها تنوير الأبصار وشرحه وقد وردت فيهما على الصورة الآتية «والأصل أن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره.»

البينة: هي الشهادة التي تظهر الشيء الثابت في نفس الأمر والموجود قبل الشهادة في المشهود به. وقد عرفت في المادة (١٦٧٦) بأنها الحجة القوية.

ومتعدية: مأخوذة من التعدي والتعدي بمعنى التجاوز على الغير والمقصود بالغير هنا هو غير المشهود عليه.

الإقرار: كما ورد في المادة (١٥٧٢) هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به.

وقاصرة: من القصر يقال «قصر الشيء على كذا» أي لم يتجاوزه إلى غيره ويفهم من هذه المادة أن الإقرار حجة تقتصر على نفس المقر ولا تتجاوزه إلى الغير أما البينة فهي حجة متعدية تتجاوز إلى الغير لأن حجة البينة القضاء من الحاكم والحكم منه والحاكم له الولاية العامة فلا تقتصر الحجة على المحكوم عليه وتتجاوز إلى كل من له مساس بالقضية وقد جاء في الدرر «الحكم المقضى به استناداً على بينة في الحرية، والنكاح، والنسب والولاء يكون شاملاً لعموم الناس» فعليه لما كانت الشهادة موقوفة على حكم الحاكم فلا تجوز إقامة البينة بها بلا خصم.

أما الإقرار فلما كانت حجته مستندة على زعم المقر فهي قاصرة عليه ولا تكون معتبرة بحق سواه وهو جائز بدون خصم على أن لا يكون بحق أحد غير المقر.

لو أقر الوصي بدين على الميت فإقراره باطل ولا يأخذ المقر به من تركة المتوفي ولا يلزم الوصي أيضاً بأدائه. كذلك: لو توفي شخص وترك ولدين فاقر أحدهما لرجل بأنه أخوه وأنكره الآخر فيلزم المقر بإعطاء ثلث ما أخذه من التركة للمقر له للأخ الثالث ولا يلزم الأخ المنكر بشيء استناداً على القول الذي أخذت به المجلة في المادة (١٦٤٢).

هذا وقد بين الفقهاء أن الإقرار لا تهمة فيه وهو حجة شرعية مقدمة على حجة البينة فلدى اجتماع الحجتين معاً تقدم حجة الإقرار ويحكم بها ما لم تمس الحاجة للحكم بالبينة.

مثال ذلك: إذا أقام شخص دعوى استحقاق في مال اشتراه شخص من آخر وبعد أن أنكر استحقاق المدعي بالمال المدعى به وأثبت المدعي ملكيته له بالبينة عاد المدعى عليه وأقر بملكية

المدعي يحكم الحاكم للمدعي بالمال بناء على إقرار المدعى عليه دون البينة لأن الإقرار حجة أقوى ولكن إذا كان المدعى عليه في حاجة إلى الرجوع على البائع بالثمن فيحكم بالبينة حفظاً لحق المشتري ومنعاً للإضرار به. حتى يحق له الرجوع على البائع واسترداد ثمن المبيع.

هذا وإليك على هذه القاعدة الأمثلة الآتية: مثال: إذا ادعى شخص بحضور أحد ورثة المتوفي بأن له في ذمة المتوفي ديناً وأثبت مدعاه بالبينة وحكم الحاكم بالدين المذكور فالحكم يكون سارياً على عموم الورثة ولا يحق للورثة الذين لم يكن الحكم بمواجهتهم أن يطالبوا المدعي بإثبات الدين بحضورهم أيضاً أما إذا كان الحكم لم يكن مبنياً على بينة بل على إقرار من ذلك الوارث فإنه لا يسري بحق أحد من الورثة ما عدا المقر لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر كما أسلفنا.

كذلك: إذا استحق شخص مالاً وأثبت ذلك بالبينة وحكم الحاكم له به فللمحكوم عليه إذا كان مشترياً حق الرجوع على البائع بالثمن ولا يحق لهذا أن يتعلل عن الدفع بداعي أنه لم يحضر المحاكمة فلا يلزمه وبعكس ذلك، فيما لو لم يثبت المستحق استحقاقه بالبينة بل بإقرار المشتري. فليس له حق الرجوع على البائع بالثمن.

كذلك: لو أقر المؤجر بأن الملك المأجور هو ملك لغيره فإقرار المقر صحيح ومعتبر ولكنه لا يسري بحق المستأجر ولا تفسخ الإجارة وبعد انقضاء مدة الاجارة يحكم للمقر له بذلك الملك.

كذلك إذا كفل شخص آخر قائلاً إني أكفل فلاناً بما هو مطلوب منه لفلان فإذا أثبت مقدار الدين ببينة ضمن الكفيل ذلك المقدار أما إذا لم يثبت الدائن الدين بالشهادة فالقول من اليمين للكفيل ولا يسري على الكفيل إقرار المكفول بدين أكثر مما اعترف به الكفيل نفسه.

كذا لا يسري إقرار الراهن بملكية المرهون للغير على المرتهن هذا والقول بأن الإقرار حجة أقوى من البينة لا يتباين مع القول بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر والبينة حجة متعدية لأن الضعف والقوة هما غير التعدي والإقتصار. فاقتصار الإقرار على المقر لا ينافي قوة الإقرار على البينة وضعف البينة بالنسبة إلى الإقرار لا ينافيه كونها متعدية.

«مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة بعض المستثنيات هي:

إذا أقر المؤجر بدين فإقراره صحيح ومعتبر وتفسخ الإجارة عن العقار المؤجر من قبله لآخر ويباع فيما إذا كان ليس له سوى العقار ما يؤدي به الدين المقر به.

كذلك: إذا أقرت الزوجة بدين عليها والزوج كذبها فالإقرار صحيح وتحبس رغم ما يلحق الزوج بذلك من الضرر. هذه المستثنيات قد ارتآها الإمام الأعظم ولكن الإمامين يريان أنه لا يجوز حبس الزوجة بإقرارها بدين ولا فسخ الاجارة وبيع المأجور إذا أقر المؤجر لآخر بدين.

﴿المادة ٧٩﴾ المرء مؤاخذ بإقراره

إلَّا إذا كان إقراره مكذباً شرعاً وقد أخذت هذه عن المجامع.

فعليه إذا أقر شخص بمال لآخر وادعى أنه كان عن خطأ لا تسمع دعواه. مثال: إذا ادعى شخص على آخر بدين وبعد أن أقر به أدعى بأنه كان أوفى ذلك الدين ينظر إذا كان الإدعاء بالأداء في مجلس الإقرار لا يقبل حيث يكون رجوعاً عن الإقرار وتناقضاً في القول أما إذا كان في مجلس غيرمجلس الإقرار يقبل توفيقاً للمادة (١٦٣٢).

كذا: إذا قبض المؤجر الأجرة وبعد إقراره بذلك ادعى أن النقود التي قبضها مزيفة لا يقبل ادعاؤه.

هذا وأن المادة (١٥٨١) من المجلة التي تنص على أنه لا يجوز الرجوع عن الإقرار في حقوق العباد هي فرع لهذه القاعدة.

فعليه إذا أقر شخص بأنه مدين لآخر بكذا ثم عاد فقال رجعت عن إقراري هذا فلا يعتبر رجوعه ويلزم بإقراره. والمادة (١١٢٧) فرع من فروعها أيضاً.

قلنا في شرح هذه المادة ما معناه إذا كذب الإقرار شرعاً فلا يلزم المقر بإقراره وقد جاء في المادة (١٦٥٤) أن الإقرار الذي يكذب شرعاً باطل والمقر غير مؤاخذ به وإليك المثال:

إذا تخاصم البائع والمشتري على ثمن المبيع وادعى المشتري أن البيع وقع له بألف قرش وادعى البائع أنه بالفين وبعد أن أثبت هذا مدعاه وحكم له الحاكم أقام الشفيعّ الدعوى على المشتري بالمبيع المذكور فللشفيع أن يتملك تلك الدار بألفي قرش لا بالألف بداعي أن المشتري اعترف في دعواه مع البائع بأن الثمن ألف لأنه وان كان إقراره بألف فقد كذب ذلك الإقرار وأصبح باطلاً بحكم الحاكم.

كذلك إذا ادعى شخص بأن فلاناً قد كفل المدين له بأمره وطلب إلزامه بأداء المبلغ من جهة الكفالة وبناء على إنكار المدعى عليه الكفالة أثبتها المدعي واستوفى بدلها يحق للكفيل أن يرجع على المدين بالبدل المدفوع منه ولا عبرة لإنكاره الكفالة لأنه كذب شرعاً.

هذا ويشترط في الإقرار. كما جاء في المادة (١٥١٢) أن يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح إقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة. وفي المادة (١٥٧٥) يشترط رضاء المقر فلا يصح الإقرار الواقع بالجبر. وفي المادة (١٥٧٧) أن لا يكذب المقر ظاهر الحال.

﴿المادة ٨٠﴾ لا حجة مع التناقض لكن لا يختل معه حكم الحاكم.

يوجد تصرف في ترجمة هذه المادة وذلك هو المراد فيها لكن الترجمة الحقيقية لأصلها التركي

هي «لا حجة مع التناقض لكن لا يطرأ خلل على حكم المتناقض عليه».

يفهم من هذه المادة أنه إذا حصل تناقض في الحجة تبطل ولكن لو حكم القاضي قبل أن يتبين بطلانها فلا يختل الحكم. مثال ذلك؛ لو رجع الشاهدان عن شهادتهما لا تبقى شهادتهما حجة لكن لو كان القاضي حكم بما شهد به أولاً لا ينقض ذلك الحكم وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به».

وقد اخذت هذه القاعدة من «باب الرجوع عن الشهادة» الوارد في الكتب الفقهية ومن ذلك ما ورد في الهداية«واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما اتلفا شيئاً لا على المدعي ولا على المدعى عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالتناقض».

لقد عرفت الحجة في الاشباه بأنها«بينة عادلة أو اقرار، أو نكول عن اليمين». وجاء عنها في المادة(٧٨) بأنها تشمل الشهادة والاقرار ولكن بما أن الحجة المقصودة هنا ليست سوى البينة والشهادة وقد جاء في شرح المجامع عند تعليق الشارح على قول المتن«التناقض لا يمنع صحة الاقرار»- مثلاً لو انكر شخص شيئاً ثم بعد ذلك أقر به فيعتبر الاقرار رغماً مما حدث من التناقض لأن المقر لا يكون متهماً باقراره هذا- فليس من مأخذ في ذلك أو خطأ.

الرجوع تعريفه: الرجوع لغة نقيض الذهاب واصطلاحاً نفي الشاهد أخيراً ما اثبته أولاً

هذا وقد مرّ معنا أن الحكم لا يختل لأنه لما كان الحكم بالكلام المتناقض غير جائز فلا يجوز أيضاً نقض الحكم به. وبما أن الكلامين المتناقضين متساويان في الدلالة على الحقيقة وقد رجح الأول على الثاني باتصاله بالقضاء والمرجوح لا يعارض الراجح فلم يختل الحكم ولم ينقض.

ولكن لما كان الشهود متسببين في الحكم فقط والحاكم هو المباشر به فمن الواجب بمقتضى المادة(١٩٠) لا يترتب الضمان إلا على الحاكم.

ولكن بما أن القاضي بعد أن يؤدي الشهود الشهادة وبعد التثبيت من عدالتهم مجبر على الحكم فوراً فلو تأخر ولم يحكم يكون مسؤولاً شرعاً ومستحقاً للتعزير والعزل. وبما أن تضمين الحكام يستلزم امتناع الناس من قبول منصب القضاء خوفاً من الضمان وحيث أنه مما تقدم يتعذر الحكم على المباشر في هذه المسألة فقد وجب الحكم بضمان الشهود المتسببين والمعتدين دون الحاكم المباشر.

لقد ذكر عدم اختلال الحكم في هذه المسألة بصورة مطلقة في هذه المادة(١٧٢٩) أي أنه لم يقيد عدم اختلال الحكم بما إذا قبض المحكوم له به أم لا.

مع أن هذه المسألة موضع لاختلاف العلماء فالبزازية وخزانة المفتين، والبحر تقول بالضمان

سواء اقبض المحكوم به أم لم يقبض أما الكنز، والدرر، وملتقى الابحر والهداية، والمحتار والاصلاح، ومواهب الرحمن، فكلها يشترط القبض في ذلك.

ولكن الدر المنتقى يرى أنه إذا حصل قبض أو لم يحصل فالحكم موجب للضمان وحتى لو شهدت الشهود في عقار ثم رجعت فيجب ضمان قيمة العقار للمحكوم عليه.

«المادة ٨١» قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه وقد جاءت فيه «قد يثبت الأصل وان لم يتثبت الفرع»

مثال ذلك: لو قال رجل أن لفلان على فلان كذا ديناً وأنا كفيل به أي «بدون أمر المدين» وبناء على انكار الأصيل ادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم على الكفيل اداؤه.

قلنا بدون أمر المدين لأنه لو قال المدين لرجل اكفلني بالمبلغ المطلوب مني لفلان وكفله يعتبر أمره هذا اقراراً بالدين ويؤاخذ به الكفيل.

كذلك يؤآخذ الكفيل وهو الفرع في الدين دون الأصيل الذي هو الأصل فيه فيما لو اثبت بالبينة وفاءه الدين قبل كفالة الكفيل. وهذا المثال يصح أن يتخذ مثالاً لقاعدة«الاقرار حجة قاصرة» أيضاً لأن إقرار الكفيل بالدين إقرار على نفسه وحجة قاصرة عليه وحده لا تتعداه للأصيل

«المادة ٨٢» المعلق بالشرط يجب ثبوته عند ثبوت الشرط

هذه القاعدة وردت في المجامع«المعلق بالشرط يجب ثبوته ويكون معدوماً قبل ثبوت شرطه»

يعني أن الشيء المعلق على شرط يكون معدوماً قبل ثبوت الشرط الذي علق عليه

لأنه لو ثبت الشيء قبل وجود الشرط لاستوجب ذلك وجود المشروط بدون الشرط وذلك محال.

المعلق تعريفه: المعلق اسم مفعول من التعليق وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى فإحداهما تسمى «الشرط» والثانية تسمى «الجزاء»

ويشترط في صحة التعليق أن يكون الشرط معدوماً على خطر الوجود أي أن يكون معدوماً ممكناً حصوله. لهذا فلو علق شيء موجود يعتبر تعليقه تنجيزاً أي أن المعلق يثبت في الحال.

مثال ذلك: لو قال شخص لآخر إذا كان لي عليك دين فقد ابرأتك منه وكان في الحقيقة ذلك الشخص مديوناً له فيصبح بذلك بريئاً من الدين في الحال.

كذلك: لو قال شخص لآخر أن فلاناً باع مني مالك الفلاني بكذا فقال إذا باعه منك بهذا الثمن فإني اجيز البيع فإذا ثبت أن المال المذكور بيع بذلك الثمن أو بأكثر منه تصح الاجازة.

ومع أن الوقف المعلق على شرط لا يكون صحيحاً فالوقف المعلق على موجود ومحقق يصح تنجيزاً كما لو قال شخص إذا كان هذا المال مالي. واشار إلى عقار يملكه- فإني قد وقفته يكون الوقف صحيحاً.

إذا كان التعليق على شيء مستحيل الوقوع فهو باطل.

ادوات الشرط.-«إن، كلما، متى، إذا» وما اشبه ذلك من الألفاظ.

واليك فيما يلي بعض المسائل المتفرعة عن هذه المادة.

لو قال شخص إذا لم يدفع لك فلان ما لك عليه من الدين فأنا كفيل بإداء دينك فتثبت الكفالة المعلقة على شرط عند ثبوته وحينئذ يطالب الكفيل بالمكفول به.

ويشترط في التعليق أن يكون في الأمور والخصوصيات التي يجوز التعليق فيها شرعاً وإلا فلو علقت بعض الأمور التي لا يجوز التعليق فيها على شرط فالتعليق فاسد أي«إن الشيء المعلق لا يثبت ولو ثبت الشرط»

وفي العقود الآتية يصح التعليق ويكون التعليق صحيحاً إذا كان الشرط المعلق عليه ملائماً أي «أن يكون الشرط مؤيداً للعقد وهو من موجباته ومقتضياته» وفاسداً إذا كان غير ملائم وهي:

«١» الوكالة «٢» الإذن بالتجارة «٣» عزل القاضي «٤» القضاء «٥» الامارة«٦» الكفالة «٧» الإبراء في الكفالة«٨» تسليم الشفعة بعد الشراء «٩» الوصية «١٠» الحوالة.

مثال: لو قال الموكل لوكيله(كلما عزلتك فأنت وكيل) تنعقد الوكالة بعد العزل كلما عزله ولو قال للسفيه وليه قد اذنتك بالتجارة إذا صلحت احوالك يكون السفيه مأذوناً بالتجارة إذا صلحت احواله كذلك لو قال ولي الصبي له إذا طلع الفجر فقد اذنتك بالتجارة فبطلوع الفجر يكون الصبي مأذوناً

كذلك لو قال السلطان لشخص إذا بلغت البلد الفلاني فقد نصبتك والياً عليه أو قاضياً له فثبوت الشرط يثبت الحكم المعلق عليه.

كذا لو قال شخص لدائن إذا عاد مديونك فلان من سفرته فأنا كفيل لك بما لك عليه من الدين. فمتى رجع المديون تنعقد الكفالة.

كما لو قال المكفول له لكفيل إذا اعطيتني القدر الفلاني من الدين فإني ابرئك من الكفالة والكفيل دفع المبلغ المطلوب فيبرأ منها.

كذلك لو قال شخص لآخر إذا اجاز فلان وصيتي فقد اوصيت لك بالمال الفلاني واجازها لك الشخص تثبت الوصية.

والحاصل أنه بمقتضى هذه المادة كل شيء من الأشياء المذكورة علق على شرط ملائم يكون

ثابتاً وصحيحاً لدى ثبوت الشرط المعلق عليه.

أما إذا كان الشرط غير ملائم فلا يثبت واليك المثال:

لو قال شخص لآخر إذا هبت الريح أو إذا دخل فلان دار فلان وما أشبه ذلك فأنت وكيلي بالشيء الفلاني أو ابرأتك من الكفالة أو غير ذلك مما مر معنا في الأمثلة العشرة فلا يثبت المعلق على الشرط ولو ثبت أما العقود التي لا يجوز فيها التعليق فهي كما يأتي:

(١) البيع(٢)الإجارة(٣) الإعارة(٤) الاستئجار (٥) الهبة(٦) الصدقة (٧) اجازة العقد (٨) الإقرار(٩) الإبراء من الدين(١٠) الصلح عن المال(١١) المزارعة(١٢) المساقاة(١٣) الوقف(١٤) التحكيم(١٥) الإقالة(١٦) التسليم بالشفعة قبل البيع(١٧) إبطال حق رد المبيع بخيار العيب(١٨) إبطال حق رد المبيع بخيار الشرط(١٩) عزل الوكيل(٢٠) حجر المأذون.

مثال: لو قال شخص لآخر إذا حضر فلان من سفره فقد بعتك داري بكذا قرشاً أو اجرتك اياها أو اعرتها لك أو وهبتها لك أو تصدقت بها عليك فكما أنه لا يصح شيء من هذه العقود ولا ينعقد فإذا بلغ رجلًا بأن شخصاً باع ماله أو آجره أو وهبه وقال إذا رضي فلان بذلك فقد اجزت البيع أو الإجارة أو الهبة وكان المذكور قد فعل ذلك حقيقة لا يثبت شيء من ذلك مطلقاً ولا يصح.

كذلك لو قال شخص لآخر إذا جاء فلان أو إذا داينتني كذا مبلغاً أو إذا لم ادفع لك غداً خمسين قرشاً أو اذا حلفت لي بأنني مديون لك. فأنا مديون لك بالفي قرش فلا يثبت المبلغ ولا يترتب بذمة المقر، ولو ثبت الشرط المعلق عليه.

كذلك لو قال شخص لآخر إذا دخلت بيتي أو إذا جاء فلان من المحل الفلاني أو إذا دفعت لي خمسمائة قرش من الالف القرش المطلوبة لي منك فأنت بريء من الدين الذي بذمتك لي فلا تثبت البراءة وان ثبتت الشروط المعلقة عليها.

«مستثنيات هذه القاعدة»

قلنا أن الاقرار والإبراء المعلقين على شرط غير صحيحين إلا أنه يستثنى من ذلك مسألتان:

الأولى- لو علقّ الدائن إبراء المدين من الدين على موته يحمل ذلك على الوصية ويكون التعليق صحيحاً.

مثال ذلك: لو قال الدائن عمرو للمدين بكر إذا أنا مت فأنت بريء من ديني فيحمل ذلك منه على الوصية فإذا مات الدائن وكان نكث ماله مساعداً على ذلك «أي إذا كان بمقدار ذلك الدين أو يزيد عنه» فيكون المدين بريئاً.

الثانية- لو علق الإقرار بزمن صالح لحلول الاجل في عرف الناس يحمل على الإقرار بدين مؤجل(راجع المادة ١٥٨٤).

مثال ذلك: لو قال أحد لآخر ان ابتدأ الشهر الفلاني أو يوم المولد النبوي أو يوم قاسم فإني مديون لك بكذا يحمل على الإقرار بدين مؤجل ويلزمه تأدية الدين عند حلول ذلك الوقت.

«فائدة» تتعلق بالعقود التي تجوز إضافتها للزمن المستقبل والتي لا تجوز فالعقود التي تجوز اضافتها للمستقبل هي كما يأتي:

(١) الإجارة(٢) فسخ الإجارة(٣) المزارعة(٤) المساقاة(٥) المضاربة(٦) الوكالة(٧) الكفالة(٨) الإيصاء(٩) الوصية بالمال(١٠) القضاء(١١) الإمارة(١٢) الوقف(١٣) الإعارة(١٤)إبطال الخيار.

مثال: لو قال أحد لآخر قد آجرتك داري اعتباراً من الغد ببدل قدره كذا وقال شخص لشخص قد فسخت إجارة الدار التي آجرتك اياها ببدل شهري اعتباراً من أول الشهر القادم فيكون ذلك صحيحاً«راجع المادة ٤٠٨و ٤٩٤».

كذلك لو قال رجل لرجل اعطيتك مزرعتي الفلانية وبستاني الفلاني مزارعة او مساقاة اعتباراً من التاريخ الفلاني فيصح ذلك كما لو قال قد وكلتك اعتباراً من رأس الشهر الفلاني ببيع مالي هذا فتكون الوكالة صحيحة أيضاً وليس للوكيل قبل حلول رأس ذلك الشهر أن يبيع المال المذكور.

كذلك لو قال السلطان لشخص قد نصبتك اعتباراً من التاريخ الفلاني حاكماً أو والياً على البلد الفلاني فالتولية والنصب صحيحان.

والعقود التي لا تصح اضافتها للزمن المستقبل هي «١ - البيع؛ ٢ - اجازة البيع؛ ٣ - فسخ البيع؛ ٤ - القسمة؛ ٥ - الشركة؛ ٦ - الهبة؛ ٧ - الصلح على المال؛ ٨ - الإبراء من الدين».

مثال ذلك: لو قال شخص لآخر قد بعتك مالي هذا اعتباراً من أول الشهر القادم وقبل ذلك الشخص البيع على هذا الوجه لم يصح ولو أتى رأس الشهر المضروب وهلم جرًّا

«المادة ٨٣» يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان.

هذه مأخوذة من المجامع.

قدر: بفتح القاف وسكون الدال على وزن «بدر» معناها (الطاقة والاستطاعة) والشروط ثلاثة أنواع:

منها ما هو جائز ومنها الفاسد واللغو وما تجب مراعاتها إنما هي الجائزة أي الموافقة للشرع الشريف كما سنأتي عليها بالتفصيل فيما يلي:

والشرط المقصود في هذه القاعدة هو الذي يكون خلواً من أداة الشرط كقولك بعت مالي على

الشرط الفلاني أو بعت هذه السراويل على أن أرفعها ويسمى (الشرط التقييدي).

أما الشرط الذي تستعمل به أدوات الشرط وقد سبق تفصيله في المادة الفائتة فيسمى (الشرط التعليقي) وفيما يلي بعض الأمثلة المتفرعة عن هذه المادة كل تحت العنوان الذي يناسبه:

البيع ـ يكون البيع صحيحاً والشرط معتبراً كما جاء في المادة «١٨٦» إذا كان الشرط من مقتضيات عقد البيع والمواد «١٨٧، ١٨٨، ٢٨٧، ٩٨» من المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة.

إجارة ـ يجب مراعاة كل شرط يشترطه العاقدان بخصوص تعجيل الأجرة أو تأجيلها كما هو مبين في المادة «٤٦٨، ٤٧٤».

الأمانة ـ إذا كان شرط الوارد في عقد الوديعة ممكن الإجراء ومفيداً للمودع فهو معتبر كما في المادة «٨٨٤»

الشركة ـ إذا اشترط في المقاسمة أن يكون لحصة طريق في الحصة الأخرى أو مسيل فيجب مراعاة أحكام ذلك الشرط كما جاء في المادة «١١٦٦»

كذلك يجب على المضارب في عقد شركة المضاربة المقيدة مراعاة الشروط التي يشترطها رب المال «أنظر المادة ١٤٢٠».

الدين ـ إذا اشترط الدائن في الدين المقسط بأنه إذا لم يدفع المدين الأقساط في أوقاتها المضروبة يصبح الدين معجلاً فيجب مراعاة الشرط فإذا لم يف المدين بالشرط ولم يدفع القسط الأول مثلاً عند حلول أجله يصبح الدين جميعه معجلاً.

الوقف ـ لما كان شرط الواقف كنص الشارع رؤي أنه كما يجب مراعاة نص الشارع واتباعه يجب أيضاً مراعاة واتباع شرط الواقف الموافق للشرع ـ فهو من المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة أما إذا كان شرط الواقف مخالفاً للشرع الشريف فلا يتبع.

هذا وقد أشرنا فيما مرّ إلى أن الشرط المخالف للشرع الشريف (أي الشرط الفاسد واللغو الباطل فإليك المثال:

البيع ـ الشرط الذي يشترط في عقد البيع ولا يكون فيه نفع لأحد العاقدين لغو والبيع صحيح «راجع المادة ١٨٩».

مثال ذلك: لو باع البائع فرسه من شخص واشترط عليه ألا يبيعه من أحد فالبيع صحيح والشرط لغو فلا يجب مراعاته فللمشتري بيع الفرس لمن أراد وليس للبائع حينئذ أن يفسخ البيع الذي بينه وبين المشتري لإخلاله بالشرط المذكور لأنه غير مفيد لأحد العاقدين فلا يلزم المشتري القيام به.

رهن ـ إذا شرط في عقد الرهن عدم الضمان أي أنه إذا تلف في يد المرتهن لا يسقط شيء من

الدين فالرهن صحيح والشرط باطل فلو تلف المرهون بيد المرتهن يسقط من الدين بقدر قيمته.

الأمانة ـ إذا لم يكن الشرط المورد في عقد الايداع ممكن الإجراء ومفيداً على الوجه المذكور في المادة(٧٨٤) فهو لغو.

كذلك إذا اشترط المودع أو المعير ضمان الوديعة أو العارية فيما لو تلفت بيد المستودع أو المستعير بلا تعد ولا تقصير. فيما أن هذا الشرط مخالف للمادة (٧٧٧، و٨١٣) لا يصح ولا يعتبر. فلو تلفت الوديعة أو العارية بيد المستودع أو المستعير بلا تعد ولا تقصير لا يضمن.

الشركة ـ لما كانت حاصلات الملك والأموال المشتركة بمقتضى المادة (١٠٧١) تقسم بين الشركاء كل بقدر حصته فلو حصل شرط بين الشركاء بأن يأخذ أحد الشركاء حصة في الحاصلات زيادة عن حصته في الملك والأموال فالشرط غير صحيح كما إذ اشترط أحد الشريكين حصة في الربح فالشرط لغو (راجع المادة ١٤٠٢) ويقسم المال بين الشركاء كل بقدر حصته في الشيء المشترى.

كذلك إذا عقدت الشركة على أن يعطى شيء مقطوع لأحد الشركاء فالشركة باطلة. يفهم مما مر معنا من التفصيلات أن بعض الشروط التي لا تعتبر شرعاً لا تفسد العقد وتلغى هي فقط وبعضها يكون مفسداً للعقد وإليك فيما يلي بعض الإيضاحات.

يوجد عقود تصح مع الشرط الفاسد أي الذي ليس من مقتضيات العقد ويكون غير ملائم له، ويكون الشرط لغواً وغير معتبر وهي:

(١)الوكالة (٢)القرض (٣)الهبة (٤)الصدقة (٥)الرهن (٦)الإيصاء (٧) الإقالة (٨)حجر المأذون.

مثال: إذا قال شخص لآخر أنني وكلتك في الأمر الفلاني بشرط أن تبرئني من الدين والوكيل قبل بذلك فالوكالة صحيحة ولكن الشرط لغو.

كذلك إذا نصب السلطان قاضياً أو والياً على بلدة وشرط على نفسه عدم عزله فالنص صحيح والشرط باطل فمتى أراد السلطان عزله، عزله لأن القاضي والوالي وكلاء عن السلطان وللموكل في كل وقت عزل وكيله.

كذلك لو قال شخص لآخر انني أقرضك المبلغ الفلاني على شرط أن تشتغل عندي شهراً واحداً والشخص المذكور قبل الشرط فتسلم المال فالقرض صحيح والشرط باطل.

كذلك إذا قال شخص لآخر انني نصبتك وصياً بشرط أن تزوجني بنتك فالإيصاء صحيح والشرط باطل. وقصارى القول أن الشروط التي لا تكون من مقتضيات العقد إذا وقعت في أحد العقود التي سبق ذكرها تكون العقود صحيحة والشروط بما أنها مخالفة للشرع الشريف تكون لغواً فلا تجب مراعاتها.

وعقود لا تصح مع الشروط الفاسدة وهي كما يلي:

(١)البيع (٢)القسمة (٣)الإجارة (٤)إجازات العقد (٥)الصلح عن سكوت أو عن إنكار أو إقرار بمال عن مال (٦)الإبراء عن الدين (٧)المزارعة (٨)المساقاة (٩)الوقف.

مثال: لو قال شخص لآخر انني بعتك حصاني بشرط أن أركبه شهراً يكون البيع فاسداً بهذا الشرط لأنه إنما يعود نفعه على أحد المتعاقدين فهو فاسد.

كذلك لو قال شخص لآخر انني أجرتك داري بكذا قرشاً على أن تقرضني كذا مبلغاً أو تهديني هدية أو قال شخص لآخر أنني أبرأتك من ديني بشرط أن تشتغل عندي مدة كذا فلا تصح هذه العقود.

والحاصل أن هذه العقود التسعة إذا شرط فيها شرط فاسد فإنه يفسدها.

﴿المادة ٨٤﴾ «المواعيد بصور التعاليق تكون لازمة» لأنه يظهر فيها حينئذ معنى الالتزام والتعهد.

هذه المادة مأخوذة عن الأشباه من كتاب «الحظر والإباحة» حيث يقول «ولا يلزم الوعد إلا إذا كان معلقاً» وقد وردت في البزازية أيضاً بالشكل الآتي: «لما أن المواعيد باكتساء صور التعليق تكون لازمة».

يفهم من هذه المادة أنه إذا علق وعد على حصول شيء أو على عدم حصوله فثبوت المعلق عليه أي الشرط كما جاء في المادة (٨٢) يثبت المعلق أو الموعود. مثال ذلك: لو قال رجل لآخر بع هذا الشيء من فلان وإذا لم يعطك ثمنه فأنا أعطيك إياه فلم يعطه المشتري الثمن لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناءً على وعده.

أما لو توفي المدين قبل أن يطالبه الدائن بالدين بطل الضمان أي أنه لا يلزم الكفيل لأن المعلق على شرط يكون معدوماً ولا يثبت إلا بثبوت الشرط المعلق عليه وذلك كما جاء في المادة «٨٢» (وهذه المادة بمثابة فرع منها» وما لم يطالب المدين بالدين ويمتنع أو يماطل فلا يتحقق امتناع المدين عن الأداء ولما لم يثبت هنا شرط الامتناع بموت المدين فلا يلزم الضمان المعلق على ذلك الشرط.

أما إذا كان الوعد وعداً مجرداً أي غير مقترن بصورة من صور التعليق فلا يكون لازماً.

مثال ذلك: لو باع شخص مالا من آخر بثمن المثل أو بغبن يسير وبعد أن تم البيع وعد المشتري البائع بإقالته من البيع إذا رد له الثمن فلو أراد البائع استرداد المبيع وطلب إلى المشتري أخذ الثمن وإقالته من البيع فلا يكون المشتري مجبراً على إقالة البيع بناء على ذلك الوعد لأنه وعد مجرد.

كذلك: لو قال شخص لآخر إدفع ديني من مالك والرجل وعده بذلك ثم امتنع عن الآداء فلا يلزم بوعده هذا على أداء الدين.

«مستثنيات هذه القاعدة»

قلنا إن الوعد المجرد لا يلزم الواعد بشيء ولكن يستثنى من هذا الحكم مسألة واحدة وهي:

لو باع شخص من آخر مالاً بثمن دون ثمن المثل بكثير أي بغبن فاحش بيعاً مطلقاً والمشتري أشهد بمحضر من الناس أن البائع إذا رد له الثمن يفسخ له البيع فيجب القيام بذلك الوعد من المشتري نفسه إذا كان في قيد الحياة أو من ورثته بعد وفاته ويكون ذلك البيع بيع وفاء.

ومعنى ذلك على ما يظن أنه لما عقد البيع المذكور على غبن فاحش والمشتري وعد بإعادة المبيع للبائع عند رده الثمن فهو بالحقيقة بيع وفاء وبما أن بيع الوفاء حكمه حكم الرهن فيمكن لكل من البائع والمشتري فسخه.

«المادة ٨٥» الخراج بالضمان

هذه المادة هي نفس الحديث الشريف «الخراج بالضمان» وهي المادة ٨٧ «الغرم بالغنم» والمادة ٨٨ كلها بمعنى واحد وان اختلفت الألفاظ فكان من الواجب الاكتفاء بواحدة منها.

الخراج هو الذي يخرج من ملك الإنسان أي ما ينتج منه من النتاج وما يغل من الغلات كلبن الحيوان ونتائجه، وبدل إجارة العقار، وغلال الأرضين وما إليها من الأشياء. ويقصد بالضمان المؤونة كالإنفاق على الحيوان ومصاريف العمارة للعقار ويفهم منها أنه من يضمن شيئاً لو تلف ينتفع به في مقابلة الضمان مثلاً لو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة لا تلزمه أجرته لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله.

يعني أن من يضمن شيئاً إذا تلف يكون نفع ذلك الشيء له في مقابلة ضمانه حال التلف ومنه أخذ قولهم الغرم بالغنم.

وقد حكم عمر بن عبد العزيز في هذه المسألة بالأجرة للبائع ولكنه لما اطلّع بعد ذلك على الحديث الشريف «الخراج بالضمان» نقض ذلك الحكم.

وقد أورد صاحب الأشباه على هذه القاعدة سؤالين وأجاب عليهما وذلك ما يأتي:

السؤال الأول: لو كان الانتفاع في الشيء مقابل ضمانه لكان من اللازم أن تكون الزيادة الحاصلة في المبيع قبل القبض للبائع لأن المبيع كما جاء في المادة «٣٩٣» في ضمان البائع والحال انه بمقتضى المادة «٢٣٦» أن الثمرة أو الزيادة التي تحصل في المبيع بعد العقد وقبل القبض تعود للمشتري فما الوجه في ذلك يا ترى؟

جواب هذا السؤال: فالوجه في ذلك هو أن الانتفاع بالمبيع قبل القبض يقابل الملكية. وبعد القبض يكون مقابل الملك والضمان معاً.

السؤال الثاني: لما كان المال المغصوب بمقتضى المادة (٨٩١) هو في ضمان الغاصب فكان من الواجب أن تكون زوائد المغصوب ملكاً له ما دام الانتفاع في الشيء مقابل ضمانه والمادة (٩٠٣) تقول زوائد المغصوب للمغصوب منه فما الوجه في ذلك؟

جوابه ـ أن الضمان في هذه ضمان خاص أي يقصد به ضمان الملك. وخلاصة ذلك هو أن نفع الشيء يعود للشخص الذي إذا تلف ذلك الشيء يتلف عليه أما الغاصب وإن كان المال في ضمانه فليس مالكاً له.

﴿المادة ٨٦﴾ الاجر والضمان لا يجتمعان

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع.

ويفهم منها أنه لا تجب الاجرة في الحال التي يجب فيها الضمان يعني أن الانسان إذا استأجر دابة وهلكت بلا تعد لا يضمن سوى الأجرة. وإذا غصب دابة فهلكت يضمن قيمتها ولا اجرة عليه.

والضمان كما عرف في المادة (٤١٦) هو اعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات.

مثال: إذا استكري حيوان للركوب لا يجوز تحميله وذلك بمقتضى المادة (٥٥٠) فإذا حمل وتلف يضمن المستأجر قيمة الحيوان ومن ثم لا يجوز تكليفه بتأدية الأجر المسمى.

كذلك إذا غصب شخص حيواناً واستعمله فبما أنه لو تلف بيده يكون ضامناً فإذا رده لصاحبه لا تلزمه اجرة على استعماله اياه ما لم يكن مال يتيم أو وقف أو مالاً معداً للاستغلال .

كذلك إذا استعمل المستأجر الحيوان المأجور مدة تزيد عن مدة الاجار فبما أنه يكون حينئذ حكمه حكم الغاصب ويكون ذلك الحيوان في ضمانه فلا تلزمه اجرة عن المدة الزائدة.

ويشترط في عدم اجتماع الاجرة والضمان اتحاد السبب والمحل فيهما وإلاّ فالاثنان قد يلزمان في وقت معاً ومثال ذلك:

لو آجر شخص حيواناً من آخر ليركبه وحده إلى محل معين فركب الرجل واردف خلفه شخصاً آخر ولو صغيراً «بحيث يستطيع الوقوف بنفسه» فتلف الحيوان بعد الوصول إلى المحل المقصود، ينظر فإذا كان الحيوان قادراً على حمل الاثنين يلزم الاجر المسمى مع ضمان نصف قيمة ذلك الحيوان. فيلزم الاجر على المستأجر لأنه قد استوفى المنفعة المرادة من استئجار ذلك الحيوان بوصوله للمكان المقصود ويلزم ضمان نصف قيمة الحيوان لأنه يكون قد تعدى باردافه شخصاً خلفه

والحاصل انه لما كان سبب لزوم الآجر وسبب الضمان مختلفين يلزمان في وقت معاً ولا يقال بان الضمان قد اجتمع والاجر فلكل سبب غير سبب الآخر.

«المادة ٨٧» الغرم بالغنم

هذه المادة مأخوذة من المجامع وهي عكس المادة «٨٥» أي أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره مثلاً أحد الشركاء في المال يلزمه من الخسارة بنسبة ما له من المال المشترك كما يأخذ من الربح .

وإليك فيما يلي بعض المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة كل مسألة تحت عنوان من نوعها البيع – أجرة كتابة سند المبايعة وحجة البيع تلزم المشتري لأن منفعة السند تعود عليه لا على البائع (راجع المادة ٢٩٢)

الشركة – إذا احتاج ملك مشترك للتعمير والترميم فعلى كل واحد من الشركاء أن يدفع من النفقات بنسبة حصته في الملك «راجع المادة ١٣٠٨»

كذلك النهر المشترك إذا احتاج إلى تصليح فيشترك في التعمير كل من لحقه ضرر بالخراب وكلما انتهى التصليح لارض احدهم وتجاوزها خلص صاحب تلك الأرض من الاشتراك في نفقات التصليح حيث تكون مضرته قد انتهت وهلم جراً إلى آخر النهر.

«المادة ٨٨» «النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة»

ان الفقرة الأولى من هذه المادة مرادفة للمادة السابقة والفقرة الثانية مأخوذة عن كلمة «لأن الغنم بالغرم» الواردة في الكتب الفقهية وهي عبارة عن المادة (٨٥) إلّا الالفاظ

مثال ذلك: لما كانت نفقة اللقيط «وهو الولد المتروك في الشوارع مجهول الاب والاولياء» تلزم بيت المال ويؤدى عنه من بيت المال فيما لو قتل شخصاً دية القتيل. فتركته تعود إلى بيت المال لو مات فبيت المال الذي يغرم نفقات اللقيط ويتحمل عنه الدين يغنم تركته.

«المادة ٨٩» يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً

هذه المادة فرع للمادة (٩٥) وقد اخذت من كلمة الآمر لا يضمن بالامر» الواردة في المجامع ووكالة الاشباه.

مثال ذلك: لو قال انسان لآخر اتلف مال فلان ففعل كان الضمان على المأمور إذا فعل حيث لا يعد الآمر مجبراً شرعاً كما يعلم من باب الاكراه ولان الآمر إذا لم يكن مالكاً فأمره بالتصرف في ملك الغير باطل «راجع المادة ٢٩٥»

كذلك لو أمر شخص رجلاً يذبح شاة قد باعها من آخر ولم يسلمها فذبحها الرجل وهو

يعلم أنها مبيعة فللمشتري حق تضمينها للذابح وليس لهذا أن يرجع بذلك على الآمر والحاصل أنه لا يرجع بالضمان على الآمر ما لم يكن مكرهاً اكراهاً معتبراً.

«مستثنيات هذه القاعدة»

لهذه القاعدة مستثنى واحد: وهو أنه لو أمر رجل بالغ عاقل صبياً باتلاف مال فاتلفه الصبي فالضمان في مال الصبي حسب المادة (٩٦٠) إلّا أن لوليه الرجوع على الآمر بما دفعه من مال الصبي بخلاف مالو كان الآمر صبياً فليس للولي حق الرجوع عليه.

«المادة ٩٠» إذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم إلى المباشر

هذه القاعدة مأخوذة من الاشباه. ويفهم منها أنه إذا اجتمع المباشر أي عامل الشيء وفاعله بالذات مع المتسبب وهو الفاعل للسبب المفضي لوقوع ذلك الشيء ولم يكن السبب مما يؤدي إلى النتيجة السيئة إذا هو لم يتبع بفعل فاعل آخر، يضاف الحكم الذي يترتب على الفعل إلى الفاعل المباشر دون المتسبب وبعبارة اخصر يقدم المباشر في الضمان عن المتسبب.

تعريف المباشر - هو الذي يحصل التلف من فعله دون أن يتخلل بينه وبين التلف فعل فاعل آخر.

مثال: لو حفر رجل بئراً في الطريق العام فالقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر ضمن الذي القى الحيوان ولا شيء على حافر البئر. لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان ولو لم ينضم إليه فعل المباشر وهو القاء الحيوان في البئر لما تلف الحيوان بحفر البئر فقط.

ورب قائل يقول بأنه لو لم يحصل فعل الحفر لما تأتى فعل الالقاء.

فبما أن فعل الالقاء هو الوصف الأخير فقد أضيف التلف إليه وقد ورد في الولواجية (كل حكم يثبت بعلة ذات وصفين يضاف الحكم إلى الوصف الذي وجد منهما أخيراً).

أما إذا كان ذلك الحيوان سقط بنفسه في البئر فإذا كان حافر البئر قد حفره بدون أمر من ولي الأمر فالضمان كما سيرد في المادة الآتية يترتب على حافر البئر.

كذلك لو دل شخص لصاً على مال لآخر ليسرقه فسرقه اللص فليس على الدال ضمان وإنما الضمان على اللص.

كذلك لو فتح أحد باب دار اخر وفك فرسه من قيوده فجاء لص وسرق الفرس فالضمان على السارق.

كذلك لو امسك شخص بآخر وجاء ثالث فاغتصب ما مع الرجل من النقود فالضمان على المغتصب المباشر لاستلاب المال دون الآخر المتسبب بذلك.

أما إذا كان السبب مما يفضي مباشرة إلى التلف فيترتب الحكم على المتسبب مثال ذلك لو

تماسك شخصان فامسك أحدهما بلباس الآخر فسقط منه شيء كساعة مثلاً فكسرت فيترتب الضمان على الشخص الذي أمسك بلباس الرجل رغماً من كونه متسبباً والرجل الذي سقطت منه الساعة مباشر لأن السبب هنا قد افضى إلى التلف مباشرة دون أن يتوسط بينهما فعل فاعل آخر.

كذا لو شق شخص زقاً مملوءًا زيتاً أو قطع حبلاً معلقاً به قنديل فتلف الزيت الذي فيه فيترتب الضمان عليه وإن لم يخرج عن كونه متسبباً فقط لأن فعل الشق وفعل القطع سببان نشأ عنهما التلف مباشرة.

﴿مستثنيات هذه القاعدة﴾

لو دل مودع لصاً على مكان الوديعة التي أودعت عنده فسرقها اللص فالضمان على المودع المتسبب لتقصيره بحفظ الوديعة وذلك بمقتضى المادة (٧٨٧) واللص بما أنه مباشر ويترتب الضمان عليه حسب هذه المادة فيحق للمودع أن يرجع بالضمان عليه أيضاً.

كذلك القضاء هو من مستثنيات هذه المادة وإيضاح ذلك هو أنه إذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد أن حكم الحاكم بمقتضاها يترتب الضمان على الشهود المتسببين دون الحاكم المباشر مع أنه بمقتضى هذه المادة كان من الواجب أن يكون الضمان على الحاكم دون الشهود وقد ذهب الإمام الشافعي إلى هذا الرأي تمسكاً بهذه القاعدة ووجه استثناء هذه المسألة هو أنه لما كان الحاكم مجبراً على الحكم بعد اداء الشهود الشهادة وتحققه من عدالتهم ويأثم فيما لو امتنع عنه فهو بمنزلة المكره على الحكم والشهود هم المكرهون له على ذلك ولو وجب الضمان على الحاكم لامتنع الناس عن تقلد القضاء. وفي ذلك ما فيه من اختلال الأمور. فقد ترتب الضمان على الشهود وهم المتسببون دون الحاكم المباشر.

﴿المادة ٩١﴾ الجواز الشرعي ينافي الضمان

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع

ويفهم منها أنه لو فعل شخص ما اجيز له فعله شرعاً ونشأ عن فعله هذا ضرر ما فلا يكون ضامناً للخسارة الناشئة عن ذلك.

مثال: لو حفر انسان في ملكه بئراً فوقع فيه حيوان رجل وهلك لا يضمن حافر البئر شيئاً. لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة، أما لو تلف الحيوان في بئر حفره شخص في الطريق العام بدون إذن ولي الأمر أو في ملك الغير أو في الملك المشترك فيلزم حينئذ ضمانه لأنه لا يحق لأحد أن يحفر بئراً في ارض بدون مسوغ شرعي. ولكن المقدار الذي يلزم ضمانه فيما لو كانت الارض مشتركة بين اثنين مناصفة مثلاً وحفر احدهما فيها بئراً فسقط فيه حيوان وتلف نصف قيمة الحيوان.

ويتفرع عن هذه القاعدة بعض فروع الاجارة، والامانات، والهبة، والشركة وهي كما يلي:

اجارة - لو حمل المستأجر الحيوان الذي استأجره المقدار الذي اشترط على صاحبه تحميله إياه و مثله أو ما دونه فتلف ذلك الحيوان فلا ضمان عليه «راجع الفقرة الثانية من المادة (٦٠٥)»

الامانات - كذلك لا يضمن المستودع فيما إذا كان صاحب الوديعة غائباً كما ورد في المادة (٧٩٩) وفرض الحاكم من الدراهم المودعة نفقة لمن يلزم صاحب الوديعة الانفاق عليه والمستودع أدى تلك النفقة المفروضة من المال المودع فالمواد (٧٩٦) و(٨٢٢) و(٨٢٤) هي من متفرعات هذه القاعدة.

الهبة - إذا اباح شخص لآخر شيئاً من طعامه فليس له أن يطالبه بقيمته بعد ذلك باباحته له اياه.

الشركة - بما أن الشريك كما جاء في المادة (١٠٧٥) أن يسكن في الدار مدة بدون إذن الشريك فإذا سكنها أحد الشريكين بدون اذن الآخر واحترقت الدار أثناء سكناه فلا ضمان عليه.

الوكالة - بما أن للوكيل بمقتضى المادة (١٥٠٠) أن يأخذ مقابل ثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهناً أو كفيلاً فإذا تلف الرهن أو أفلس الكفيل فلا يكون الوكيل ضامناً.

كذلك إذا وكل المتولي وكيلاً عنه وترتب بذلك ضرر على الوقف فبما أن للمتولي شرعاً أن يوكل فلا يضمن.

ان المادة (٣٣) تقيد هذه المادة بعض التقييد لأنه مع وجود جواز شرعي للأكل من طعام الغير في حالة الوصول إلى درجة الهلاك كما مر معنا يكون الضمان لازماً

كذلك المادة (١٠٨٦) من مستثنيات هذه القاعدة.

«المادة ٩٢» المباشر ضامن وإن لم يتعمد

أي أنه سواء تعمد المباشر اتلاف مال الغير أو لم يتعمد يكون ضامناً.

والفرق بينه وبين المتسبب هو أنه يشترط لضمان المتسبب أن يكون متعدياً والمباشر يضمن على حالين كما اسلفنا والسبب في ذلك أن المباشرة هي علة مستقلة وسبب للتلف قائم بذاته فلا يجوز اسقاط حكمها بداعي عدم التعمد. وبما أن السبب ليس بالعلة المستقلة لزم أن يقترن العمل فيه بصفة الاعتداء ليكون موجباً للضمان.

فعليه لو اتلف احد مال غيره الذي في يده أو في يد امينه قصداً أو من غير قصد فيكون بمقتضى المادة (٩١٢) ضامناً.

كذا يضمن من يتلف مالاً لآخر بسقوطه عليه وذلك بمقتضى المادة (٩١٣)

مثال: - لو دخل شخص حانوت بقال فزلقت رجله فسقط على زق عسل فشقه يضمن.

كذلك لو تطايرت شرارة من دكان حداد وهو يطرق الحديد فحرقت لباس انسان لزمه ضمانها.

كذا لو تطايرت قطعة حطب والحطاب يكسر الحطب فكسرت زجاج نافذة دار الجار يكون الحطاب ضامناً.

كذا لو استأجر شخص إنساناً لأن يهدم له حائطاً فوقع من الحائط حجر فأصاب شخصاً فتجب الدية على العامل.

كذلك لو أطلق شخص عياراً نارياً فأتلف مالاً لآخر فيلزمه الضمان لأنه لما كان مباشراً لا يشترط التصدي للزوم الضمان.

﴿المادة ٩٣﴾ - «المتسبب لا يضمن إلاّ بالتعمد».

قد أخذت هذه المادة عن قاعدة «المباشر ضامن والمتسبب غير ضامن إلاّ إذا كان متعمداً» الواردة في الاشباه ويشترط في ضمان المتسبب شيئان:

(١): أن يكون متعمداً.

(٢): أن يكون معتدياً.

فعليه لو ذعر حيوان شخص من آخر وفر فلا ضمان على الشخص الذي فر منه الحيوان ما لم يكن متعمداً

كذلك لو أحرق شخص أعشاباً جافة في أرضه فسرت النار إلى شيء لأحد ما فأحرقته فلا ضمان عليه إلاّ إذا كان متعدياً بأن كان إحراق الأعشاب في يوم شديد الريح.

كذا لو حفر شخص بئراً في الطريق العام ولم يكن مأذوناً بذلك من قبل ولي الأمر فسقط في البئر حيوان وتلف فيكون ضامناً بافتياته على ما ليس له فيه حق وتعديه بخلاف ما لو استأذن لحفره فلا ضمان عليه.

أما لو حفر إنسان بئراً في ملكه فليس عليه ضمان لأن للإنسان أن يتصرف في ملكه كيفما شاء فلا يعد تصرفه فيه مهما كان تعدياً «أنظر ٩٢٤».

كذلك: لو أسقى من له حق الشراب أراضيه حسب العادة فطفت المياه على أراضي جيرانه فأحدثت ضرراً فيها فليس من ضمان عليه أما لو كان الإسقاء على خلاف العادة فيكون ضامناً.

فائدة - إذا اجتمع مسببان كاجتماع حال القيد وفاتح الباب كما سيأتي فالضمان على فاتح الباب

مثال: لو وضع شخص فرسه مقيداً في اصطبله فجاء شخصان فحل أحدهما قيد الفرس وفتح الآخر باب الاصطبل فالضمان على فاتح الباب.

﴿المادة ٩٤﴾ «جناية العجماء جبار»

هذه القاعدة مأخوذة من الحديث الشريف المروي من أبي هريرة رضي الله عنه «العجماء جبار» وقد فسره بقوله «اتلاف البهيمة هدر لا ضمان على صاحبها».

أي: إن الحيوان إذا أتلف شيئاً أو تسبب بخسارة وضرر لأحد الناس فليس على صاحبه شيء من الضمان ما لم ينشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير.

مثال ذلك: لو ربط شخصان فرسيهما في مكان معد لذلك فأتلف فرس أحدهما فرس الآخر فليس من ضمان على صاحب الحيوان المتلف (راجع المادة ٩٢٩).

كذلك لا يترتب على صاحب الهرة ضمان فيما لو أتلفت طيراً لإنسان وإن نطحت جاموسة إنسان إنساناً فقتلته فلا ضمان على صاحبها وإذ رفس حيوان إنسان حيواناً لآخر وتلف فلا ضمان كذلك على صاحب الحيوان المتلف.

قلنا (ما لم ينشأ ذلك عن تعد من صاحب الحيوان أو تقصير) لأنه إذا أتلف الحيوان شيئاً وكان ذلك بتعد من صاحبه أو تقصير يكون بما أتلف الحيوان ضامناً وإليك المثال.

لو أطلق شخص حيوانه في مزروعات آخر يكون ضامناً بما يتلف الحيوان. ولو رأى إنسان حيوانه وهو في مزروعات آخر ولم يمنعه فيكون ضامنـاً بكل ما يحدثه الحيوان من الأضرار لأنه يكون متعدياً في الحال الأولى ومقصراً في الحال الثانية (راجع المادة ٩٢٩).

ولو ترك إنسان حيوانه مطلقاً في الطريق العام وهو مما لا يطلق في الشوارع فأتلف مالاً أو قتل إنساناً فتلزمه دية القتيل أو قيمة المال المتلف وقد ورد في المادة (٩٢٩) ان صاحب الثور النطوح والكلب العقور يكون ضامناً بما أتلفاه فيما إذا تقدم إليه أحد من أهل محلته أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه.

﴿المادة ٩٥﴾ الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل

هذه المادة قد أخذت من المجامع

الملك - هو ما ملكه الإنسان سواء أكان عياناً أو منافع (راجع المادة ١٢٥)

ويفهم منها أنه إذا أمر شخص آخر بالتصرف في ملك الآخر فالأمر غير صحيح ولا معتبر ولا يترتب عليه حكم من الأحكام لأنه لما كان الأمر الباطل وغير الصحيح بمنزلة المشورة والنصيحة فلا يترتب بحق الآمر حكم.

لو أمر شخص آخر بأن يأخذ مال إنسان أو يلقيه في البحر أو يحرق لباس أحد الناس أو يذبح شاة لآخر فأخذ المال أو إلقاء أو مزق اللباس أو ذبح الشاة فالضمان على الفاعل دون الآمر (راجع المادة ١٥١).

فعليه ليس لإنسان حق الادعاء على آخر بأنه أمر شخصاً باتلاف ماله فعليه ضمانه ما لم يكن مُجبراً (راجع المادة ١٠٠٧).

أما لو أمر إنسان آخر باتلاف مال إنسان والمأمور لا يعلم الاّ أنه مال الآمر وأن الأمر صحيح فيحق للمأمور بعد أن يضمن المال المتلف أن يرجع به على الآمر بتقريره إياه

كذلك لو أمر إنسان مدينه بأن يلقي الدين المطلوب له منه في البحر فبما إن هذا الأمر لم يكن مضافاً لمال يملكه الآمر فهو غير صحيح فإذا ألقى المأمور بالمقدار الذي يساوي الدين إلى البحر فيكون قد غرر بنفسه وأضاع المبلغ الملقى على نفسه.

كذلك لو أمر إنسان بناء بفتح باب في حائط وفعل الرجل ثم علم بأن الحائط ليست للأمر فالضمان على المأمور وليس له أن يرجع به على الآمر.

أما إذا قال الآمر افتح لي باباً في حائطي أو كان ساكناً في البيت الذي فيه الحائط وقال افتح باباً في هذه الحائط فللبناء أن يرجع بالضمان على الآمر.

كذا لو أمر رجل ولده بأن يتلف مال إنسان وأتلفه فالضمان يترتب بحق المتلف ولا يترتب بحق الأب الآمر

وخلاصة القول إنه يشترط في بطلان الأمر:

١ - أن يكون في ملك الغير ٢ - أن لا يكون ولاية للآمر

فإذا أمر إنسان آخر بأن يتصرف فيما يملكه من مال أو غيره فأمره صحيح فلو ندم الآمر على أمره وطلب تضمين المأمور فلا ضمان عليه

﴿المادة ٩٦﴾ لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه

هذه المادة مأخوذة من المسألة الفقهية (لا يجوز لأحد التصرف في مال غيره بلا إذنه ولا ولايته) الواردة في الدر المختار. فعليه إذا أراد شخص أن يبني بناء محاذياً لحائط بناء إنسان فليس له أن يستعمل حائط ذلك الشخص بدون إذنه حتى ولو أذنه صاحب الحائط فله بعدئذ حق الرجوع عن إذنه.

كذلك ليس لأحد أن يدخل دار الآخر أو مزرعته المسيجة بدون إذنه لأنه بدخوله الدار أو المزرعة يكون قد استعملها.

كذلك ليس لأحد الشركاء أن يركب الحيوان المشترك أو أن يحمله متاعاً بدون إذن الشريك الآخر فإذا ركبه أو حمله وتلف يكون ضامناً حصة الشريك.

كذلك لو كانت حائط مشتركة بين اثنين واتفقا على نقضها وأراد أحدهما أن يزيد ارتفاعها عما كانت عليه قبلاً فيحق للشريك أن يمنعه عن ذلك.

فعدم جواز فتح باب على طريق خاص من شخص ليس له حق المرور بتلك الطريق واشتراط كون البائع والمؤجر والواهب والمصالح مالكاً لذلك المال أو وكيلاً عن صاحبه أو وصياً عليه أو ولياً لنفاذ البيع والإجارة والهبة والصلح عن المال من المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة (راجع المواد ١٢١٩ و٣٦٥ و٤٤٦ و٨٥٧ و١٥٤٦ و١٠٧٥) قد ذكر بهذه المادة قيد وهو (عدم الإذن) لأن التصرف في ملك الإنسان بإذنه جائز

والاذن إما أن يكون صراحة وهو كما مرّ معنا في المادة (٩٥) وإما أن يكون دلالة وهو كما سيأتي بيانه في المادتين (١٠٧٨ و١٠٧٩)

فالاذن صراحة هو كالذي يحصل في توكيل إنسان آخر لأن يشتغل في إحدى الخصوصات التي يمكن للموكل القيام بها كتوكيل إنسان آخر لأن يبيع له مالاً أو أن يؤجر له عقاراً وما أشبه ذلك

أما الاذن دلالة فهو كذبح الراعي شاة مشرفة على الهلاك فالراعي وإن لم يكن مأذوناً صراحة فقد اعتبر استحساناً مأذوناً.

أما لو كان ذابح الشاة غير الراعي فقد اختلف الفقهاء في ذلك فالبعض منهم يقول بعدم ضمان الذابح لأنه يعد كالراعي مأذوناً والبعض قال بوجوب الضمان عليه.

قد مر معنا في شرح هذه المادة بأن «للولي والوصى حق التصرف بلا اذن الشخص الذي هو تحت ولايته أو وصايته» لأن تصرف الولي والوصي كما ورد في المادتين (٣٦٥ و٣٧٨) نافذ

فإذا شبت النار في دار مثلاً فللإمام المسلمين أن يأمر بهدم الدور التي في جانبها منعاً لسريان النار لأنه لما كان للإمام ولاية عامة فأمره صحيح ومشروع.

أما إذا وجد ضرورة فيجوز لكل إنسان التصرف في ملك الغير بدون اذنه كما لو سقط رداء شخص على دار جاره وخاف من الجار أن يخفيه فلصاحب الرداء دخول الدار بدون أذن صاحبها وإن عد ذلك منه تصرفاً فيما ليس له فيه حق فقد جوز للضرورة (راجع المادة ٢٧).

وإليك فيما يلي بعض الأمثلة على الاذن بالدلالة:

إذا مرض الولد أو الوالد فللوالد أو الولد أن يصرف بدون اذن المريض من ماله لمداواته وإطعامه لأن الاذن بمداواة المريض بإطعامه ثابت عادة فاحتياج المريض للمداواة والإطعام بمنزلة الاذن الصريح.

كذلك: إذا خرج جماعة إلى سفر فمات أحدهم في الطريق فلرفقائه بيع امتعته لتجهيزه منها وتسليم ما بقي إلى ورثته.

كذا: لو أغمي على شخص وهو مسافر فلرفقائه أن ينفقوا عليه من ماله لأن الرفيق في السفر بمنزلة الأهل والعيال.

﴿المادة ٩٧﴾ لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي

هذه القاعدة مأخوذة من المجامع وقد ورد في الحديث الشريف «لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فان أخذه فليرده» فإذا أخذ أحد مال الآخر بدون قصد السرقة هازلاً معه أو مختبراً مبلغ غضبه فيكون قد ارتكب الفعل المحرم شرعاً لأن اللعب في السرقة جد

فعلى ذلك يجب أن ترد اللقطة التي تؤخذ بقصد امتلاكها أو المال الذي يؤخذ رشوة أو سرقة أو غصباً لصاحبها عيناً إذا كانت موجودة وبدلاً فيما إذا استهلكت (راجع المادتين ٨٩٩ و٨٩١).

كذا لو ادعى إنسان على آخر بحق وبعد أن تصالحا ظهر بأن ليس للمدعي حق بما ادعى فيحق للمدعى عليه استرداد بدل الصلح منه. كما لو صالح البائع المشتري على عيب ادعاه في المبيع بعد أن أنكره هو فتبين له بعد ذلك أن المبيع خال من العيب أو كان فيه فزال بنفسه فللبائع حق استرداد بدل الصلح من المشتري.

وهكذا إذا دفع إنسان شيئاً إلى آخر غير واجب عليه اداؤه فله استرداده ما لم يكن أعطاه إياه على سبيل الهبة ووجد ما يمنع من ردها.

فإذا دفع إنسان رشوة لقاض فندم على إعطائه إياها فله حق استردادها

قد قيدت هذه المادة بقوله «بلا سبب شرعي» لأنه بالأسباب الشرعية كالبيع، والإجارة، والهبة، والكفالة، والحوالة يحق أخذ مال الغير فلو باع إنسان مالاً بخمسين قرشاً فللمشتري بمقتضى المادة ٣٦٩ أخذ ذلك المال كما للبائع أيضاً أخذ الخمسين قرشاً.

﴿المادة ٩٨﴾ تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات

هذه القاعدة مأخوذة من قاعدتي «اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان» و«تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات» الواردتين في المجامع

ويفهم منها أنه إذا تبدل سبب تملك شيء ما وإن لم يتبدل هو حقيقة يعد متبدلاً.

فعليه إذا وهب شخص فرساً لآخر وسلمه إياه فوهبه الرجل لآخر وتسلمه منه فعاد الموهوب له الأخير وتصدق بالفرس على الموهوب له الأول أو باعه منه فليس للواهب الأول أن يسترد الفرس لاختلاف سبب الملك «راجع المادة (٨٦٩)».

وهذه حيلة شرعية يتخذها الموهوب لهم عادة لمنع الواهبين من استرداد هباتهم.

كذلك يجوز زيادة الثمن المسمى بعد عقد البيع من المشتري في حياته ومن الورثة بعد وفاته كما سيجيء في شرح المادة (٢٥٥) لأنه يشترط لصحة ذلك وجود الشيء المبيع.

فإذا اشترى أحد بغلاً من آخر مثلاً ثم باعه من غيره ثم اشتراه من ذلك الشخص فأرجعه إلى ملكه ثانية فبما أن رجوع البغل إلى ملكه بسبب غير السبب الأول وتبدل السبب تبدل للذات فليس للمشتري أن يزيد في الثمن المسمى ولو زاد فزيادته غير صحيحة.

﴿المادة ٩٩﴾ من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه.

هذه القاعدة مأخوذة من قواعد «من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه» ومن استعجل ما اخره الشرع يجازى برده» و «من استعجل شيئاً قبل أوانه ولم تكن المصلحة في ثبوته عوقب بحرمانه» الواردة في الأشباه، والكفاية، وزواهر الجواهر.

فعليه إذا قتل شخص مورثه قتلاً يوجب القصاص أو الكفارة يحرم من الميراث لأنه بقتله مورثه تعجيل الوقت الذي يرثه به فيعاقب بالحرمان فلا يكون وارثاً للمورث.

كذلك لو أوصى شخص لآخر بمال فقتل الموصى له الموصي على الوجه الذي ذكرناه فيحرم من المال الموصى به.

قد قيدنا القتل الذي يوجب الحرمان من الإرث بالذي يوجب القصاص أو الكفارة لأن القتل الذي لا يوجب ذلك غير مانع من الميراث فالقتل الذي يوقعه الصبي أو المجنون والقتل بسبب وقتل الزوجة أو إحدى المحارم من ذوات الرحم بسبب الزنا فلا توجب الحرمان من الإرث.

هذا وقد جاء في علم الكلام «المقتول ميت بأجله أي الوقت المقدر لموته» فكان من الواجب نظراً إلى هذه القضية المشهورة الا يعد قتل المورث أو الموصى فرعاً لهذه القاعدة.

ولكن بما أن إجراء العقاب والقصاص وأمثاله في حق القاتل إنما لارتكابه الأمر المنهي عنه وإقدامه على الفعل الذي ينشأ عنه الموت عادة فذلك أمر تعبدي لا تعلق له بالأمور الدنيوية والشؤون الاجتماعية.

«مستثنيات هذه القاعدة»

يوجد لهذه القاعدة بعض المستثنيات:

منها لو قتل الدائن مدينه الذي تأجل ما عليه من الدين إلى سنة قبل حلول الأجل فيحل الأجل بموت المدين كما هو معلوم للقاتل حالاً إستيفاء دينه من تركة المقتول.

﴿المادة ١٠٠﴾ من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه.

هذه القاعدة مأخوذة من الأشباه.

ويفهم منها أنه إذا عمل شخص على نقض ما أجراه وتم من جهته فلا اعتبار لعمله.

مثال: لو باع إنسان ماله من آخر فادعى أحدهما بأنه قد جرى فضولاً وهو غير لازم فالقول قول مدعي الصحة والنفاذ حتى ولو جاء رجل وادعى بأنه باع المال بدون إذنه وأقام على ذلك بينة.

كذلك لو باع رجل مالاً من آخر وجاء رجل فكفله على الوجه المطلوب في المادة (٦١٦) فلا يقبل ادعاؤه بعد ذلك بملكية ذلك المال. لأن الكفالة لما كانت مشروطة في عقد البيع والبيع لا يتم إلاّ بها فادعاء الكفيل بملكيته للمال نقض لما تم من جهته فهو غير مقبول منه.

كذلك لو رهن شخص مالاً لآخر وسلمه إليه ثم بعد ذلك أقر بأن المال المرهون هو لفلان فإقراره هذا وإن كان غير مصدق بحق المرتهن فهو ملزم به بعد إدائه الدين واسترداده الرهون.

كذلك إذا طلب شخص وديعة من المستودع مدعياً أنه وكيل المستودع بالقبض فإذا سلمه المستودع الوديعة فليس له بعد ذلك استردادها منه بداعي أنه لم يثبت وكالته لأن ذلك يستلزم نقض ما تم من جهته. كذلك لو باع الصبي المميز المحتمل البلوغ أو اشترى واعترف بالبلوغ ثم ادعى عدم البلوغ فلا يلتفت لادعائه وينفذ بيعه وشراؤه.

«مستثنيات هذه القاعدة»

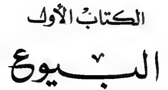
لو باع والد الصغير أو متولي الوقف أو وصي التركة مال الصغير أو مال الوقف أو مال التركة من آخر وادعى أن البيع وقع بغبن فاحش يقبل ادعاؤه وينقض البيع المذكور عند ثبوت ذلك إلاّ أنه لو أقر والد الصغير مثلاً بأن البيع قد وقع بثمن المثل فلا يحق له بعد ذلك أن يدعي بالغبن الفاحش لأن ذلك تناقض مانع من سماع الدعوى «راجع المادة ٩٧».

كذلك لو ادعى أحد المبايعين بعد وقوع البيع بوجود فساد ما في البيع وهو غير عالم به حين البيع فكما أن ادعاءه يكون مقبولاً فلو ادعى شخص اشترى شيئاً وقبضه بأن البائع كان قد باع الشيء المذكور من شخص غيره غائب قبل أن يبيعه منه فيقبل منه الإدعاء والإثبات أيضاً.

كذلك يقبل ادعاء المشتري بعقار بأن البائع قبل بيعه منه كان اتخذه مسجداً أو مقبرة أو أن البائع وقفه على مسجد من المساجد وينقض البيع بعد إقامة البينة.

تمت

الكتاب الأول



ينقسم إلى مقدمة وسبعة أبواب

«كتاب» لغة بمعنى الكتابة واصطلاحاً هو جمع المسائل المستقلة (بحر)

تقديم البيع على غيره من المعاملات كالإجارة، والكفالة، والحوالة وغيرها إنما هو لكثرة استعماله بيوع - جمع؛ بيع، وهو من الأضداد. فإذا قيل (قد باع فلان-الشيء الفلاني) فكما يفهم أنه أخرج ذلك المال من ملكه يفهم أيضاً أنه أدخله إلى ملكه. إلا أنه لما كان استعمال هذه الكلمة في المعنى الأول هو الغالب أصبحت لا تحمل إلاَّ عليه.

ترد كلمة (البيع) بمعنى (مبيع) حملاً على اسم المفعول ولكن بما أن للمبيع أنواع مختلفة (منقول، وعقار، وحيوان، ومكيل، وموزون) وغيره فقد جاءت هنا بصيغة الجمع.

وترد على أصلها بمعنى المصدر وتجمع حينئذ بالنسبة لأنواع البيع. فالبيع باعتبار نفسه نافذ وموقوف وفاسد وباطل أما باعتبار المبيع (فمقايضة، سلم، صرف ومطلق) وباعتبار الثمن «مرابحة، تولية، وضيعة، ومساومة». وسنأتي إن شاء الله على بيان ذلك كله بالتفصيل.

مشروعية البيع - إن مشروعية البيع ثابتة بالكتاب، والسنة، والإجماع.

فقد ورد في القرآن الكريم «أحل الله البيع» والنبي ﷺ، قد باشر البيع بنفسه وشاهد الناس يتعاطون البيع والشراء فأقرهم ولم ينهاهم عنه وقد أجمع الأئمة على مشروعية البيع وأنه أحد أسباب التملك. وقيل أن أفضل الكسب التجارة.

مقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالبيوع

الإصطلاح - لغة الإتفاق واصطلاحاً هو إخراج طائفة من الناس معينة لفظاً من الألفاظ عن معناه اللغوي ووضعه لمعنى آخر وتخصيصه به.

وذلك كوضع الفقهاء كلمة (الإيجاب) للمعنى الوارد في المادة (١٠١) وكلمة البيع للمعنى الوارد في المادة (١٠٥) وكلمة الإجارة للمعنى الوارد في المادة (٤٠٥).

فكلمة الإيجاب مثلاً معناها اللغوي الاثبات فاصطلح الفقهاء على استعمالها (لأول كلام يصدر من أحد العاقدين) كما سيجيء في المادة التالية:

«المادة ١٠١» الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف.

ولا فرق بين أن يقع الكلام من البائع أو يقع من المشتري فإذا قال البائع قد بعتك هذا المتاع والمشتري قال اشتريته أو قال المشتري اشتريت منك هذا المتاع بكذا فقال البائع وأنا قد بعتك إياه فكما أن كلام البائع في الصورة الأولى إيجاب وفي الثانية قبول فكلام المشتري في الصورة الثانية إيجاب وفي الأولى قبول أيضاً.

ويفهم من عبارة «لانشاء التصرف» الواردة في التعريف أن الايجاب لا يحصل بصيغة الإخبار راجع المادة (١٦٨).

الإيجاب: لغة الإثبات الذي هو نقيض السلب ولقد سمي الإيجاب إيجاباً لكون الموجب بإيجابه يثبت للآخر حق القبول.

يستفاد مما مر معنا في التفصيلات الآنفة أن الوجوب المذكور هنا ليس بالوجوب الشرعي الذي يأثم تاركه.

هذا وينطبق تعريف الإيجاب الوارد في هذه المادة على الإيجاب في عقد الإجارة والهبة وغيرها إذا هو جرد من بعض القيود التي اقتضاها المقام في شرح هذه المادة.

قد يعترض البعض على تعريف الإيجاب الوارد هنا قائلاً:

١ - يستدل من كلمة «ثاني كلام» الواردة في المادة الآتية مادة (١٠٢) بأن المقصود في كلمة (أول كلام) الواردة في المادة هذه هو وجوب تقديم الإيجاب على القبول ولما كان البيع كما سيجيء في المادة (١٦٧) ينعقد إذا صدر الإيجاب والقبول معاً في آن واحد فالتعريف هذا غير جامع لأفراده.

٢ - وذكر في التعريف انه (كلام) (أي الإيجاب) والحال أنه كذلك ينعقد البيع بالتعاطي أيضاً كما جاء في المادة (١١٥) وفي التعاطي لا يستعمل كلام فعلى ذلك لا يكون تعريف الإيجاب الوارد في هذه المادة وتعريف القبول الذي سيأتي في المادة التالية جامعين لأفرادهما أيضاً.

٣- بما أن كلمة«بعت، واشتريت» من الألفاظ الموضوعة للإخبار وليست من الفاظ الانشاء فكيف ينشأ بهما عقد البيع.

فجواب ذلك كما يأتي:

جواب الأول: لقد اختلف الفقهاء في صحة البيع وعدمه إذا صدر الإيجاب والقبول معاً ولم يتقدم أحدهما الآخر فالبعض منهم يقول بانعقاده والبعض الآخر يقول بعدم الانعقاد«مجمع الانهر، الدر المنتقى، البحر» والمجلة وان لم تذكر ما يفيد ترجيحها أحد القولين فكلمة «أول» في المادة (١٠١) وكلمة ثاني في المادة (١٠٢) يستدل منها بأنها اختارت القول الثاني أي عدم الصحة فليس بذلك من مأخذ يؤخذ عليها.

جواب الثاني: أجل إن الإيجاب لا يكون إلا في البيع الذي يحصل بالقول أما في البيع الذي ينعقد بالفعل فليس ثمة إيجاب فيه وإنما يكون بعد معرفة الثمن تعاط ليس إلا.

جواب الثالث: أما كلمتا«بعت، واشتريت» وان كانتا بحسب الوضع الأصلي للإخبار فقد استعملها الشرع بمعنى الانشاء فاصبحت من الفاظ الانشاء بحسب الاصطلاح الشرعي فإذا قال شخص لآخر قد بعتك مالي وقال الآخر قد اشتريت فلا يكون معنى ذلك أخبار ببيع وقع قبلاً بل انشاء لعقد بيع في ذلك المال مجدداً لأن صيغ العقود لا تدل على زمن. هذا وأن كلمتي بعت واشتريت كثيرما يراد بهما الإخبار فمتى أريد بهما هذا المعنى فلا ينعقد بهما بيع فلو سأل شخص آخر قائلاً ما فعلت بفرسك فأجابه بعته من زيد فقال له السائل قد اشتريته منك فلا ينعقد البيع لأنه إنما أريد بكلمة بعت هنا الأخبار ليس إلا كما يتبين ذلك من سياق الكلام.

﴿المادة ١٠٢﴾ القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل انشاء التصرف وبه يتم العقد.

أي أن كل كلام جاء بعد الإيجاب لانشاء التصرف وبقصد إتمام العقد سمي قبولاً وسواء في ذلك أكان المشتري هو المتكلم أم كان البائع فلو قال البائع للمشتري بعتك مالي هذا بكذا قرشاً

فقال المشتري اشتريته أو قال المشتري بعت مالك الفلاني بكذا فقال البائع بعته لك فكما أن كلام المشتري في الصورة الأولى قبول فكلام البائع في الصورة الثانية قبول أيضاً.

﴿المادة ١٠٣﴾ العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما امراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول.

يقال عقد البيع كما يقال عقد الحبل. والمراد بالعقد هنا الانعقاد فعقد البيع مثلاً المراد في هذه المادة يقصد به التزام وتعهد كل من البائع والمشتري بالمبادلة المالية.

﴿المادة ١٠٤﴾ الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما.

فمتعلق الإيجاب والقبول هو البيع الذي يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالاً متقوماً مع الثمن.

والأثر: هو أن يصبح البائع مالكاً للثمن والمشتري مالكاً للمبيع.

والانعقاد: يختص بالبيع الصحيح مطلقاً وبالبيع الفاسد بعد حصول القبض أما البيع الباطل فلا يوجد فيه انعقاد «راجع المواد ٣٦٩و ٣٧٠و ٣٧١».

وسنأتي في المادة «٣٦١» على الصورة التي يكون فيها البيع منعقداً.

﴿المادة ١٠٥﴾ البيع مبادلة مال بمال ويكون منعقداً وغير منعقد.

يعني أن البيع هو تمليك مال مقابل مال على وجه مخصوص ويقسم باعتباره مطلقاً إلى بيع منعقد وغير منعقد.

وهذا التعريف كما أنه تعريف للبيع فهو تعريف للشراء أيضاً وكما أنه ينطبق على البيع من كل الوجوه فهو منطبق على الشراء من كل وجوهه أيضاً. هذا إلا أن بقوله مبادلة مال بمال، تخرج الإجارة والنكاح لأن الإجارة كما سيجيء في المادة«٤٠٥» هي «بدل المنفعة» والنكاح هو «مبادلة المال بالبضع» أبو السعود. وتخرج الهبة والإعارة أيضاً.

أما بقوله «على وجه مخصوص» الوارد في الشرح فيخرج أيضاً التبرع والهبة بشرط العوض. فالوجه المخصوص للبيع هو استعمال كلمة (بعت واشتريت) أو التعاطي. مثال ذلك: لو وهب شخص آخر مالاً وسلمه إليه والموهوب له وهب ذلك الواهب مالاً آخر غيره وسلمه إليه أيضاً فلا

يعد ذلك بيعاً ويخرج عن تعريف البيع وان كان هنالك مبادلة مال بمال لأنه لم يستعمل في العقد المذكور كلمتي«بعت واشتريت» المختصتين بالبيع.

ولرب قائل يقول:

١- قد اشترط الرضاء في صحة البيع بدليل قوله تعالى«إلا أن تكون تجارة عن تراض» وجاء تعريف البيع في كثير من الكتب الفقهية بأنه «مبادلة المال بالمال بالرضاء» فتعريف المجلة غير مانع لاغياره إذ يدخل به بيع المكره.

٢- بما أن بعض الكتب الفقهية بتعريفها البيع(أنه مبادلة المال بالمال على وجه مخصوص مفيد) قد قيدته بكلمة(مفيد) اخراجاً للبيع غير المفيد وهو الذي يقع في مبادلة مالين متساويين وزناً وصفة كمبادلة درهمين فضة بدرهمين فضة مساويين بعضهما البعض وزناً، وعياراً، ووصفاً والمنفعة في البيع شرط والبيع غير المفيد يكون فاسداً. فتعريف المجلة لأنه لما لم يذكر فيه هذا القيد كان من هذه الجهة أيضاً غير مانع لاغياره.

٣- بما أن تقسيم البيع الوارد في تعريف المجلة(وهو تقسيم البيع إلى منعقد وغير منعقد) هو تقسيم للبيع المعرف«بأنه مبادلة مال بمال» كما يفهم من سياق الكلام. وذلك«كتقسيم الشيء إلى نفسه وإلى قسيمه» أي نقيضه وبيع الميتة وبيع الحر ليس فيهما مبادلة مال بمال لأن الميتة والحر لا يعدان مالاً فيكون البيع المقسم ليس من أفراد البيع المعرف بل هو من اغياره. فالتعريف المذكور في هذه المادة غير صحيح.

فجواب ذلك كما يلي:

جواب الأول: بما أن بيع المكره هو بيع فاسد والبيع الفاسد يدخل في التعريف بطبعه لأنه من اقسام البيع فلم تر المجلة لزوماً للإتيان بقيد الرضا للإحاطة بأفراد البيع.

جواب الثاني: وبما أن البيع غير المفيد هو من اقسام البيع الفاسد أيضاً فلا لزوم لإضافة قيد«مفيد» المذكور حتى يكون التعريف جامعاً لأفراده.

جواب الاعتراض الثالث: إن التقسيم الوارد في هذه المادة لا يقصد به تقسيم البيع المعرف بها بل إنما هو تقسيم لمطلق البيع الذي هو مبادلة الشيء بالشيء ويقال عنه في اللغة بيعاً. ولا فرق بين أن يكون ذلك الشيء مالاً أو غير مال بدليل قوله تعالى (وشروه بثمن بخس) وقوله «أن الله اشترى من المؤمنين انفسهم» الدر المختار ورد المحتار.

﴿المادة ١٠٦﴾ البيع المنعقد هو البيع الذي ينعقد على الوجه المذكور وينقسم إلى صحيح، وفاسد، ونافذ، وموقوف.

ولهذه الأقسام تعاريف جاءت في المادة(١٠٨) وما يليها على أنها قد تتداخل ببعضها فإنه وإن

وجد تباين بين البيع الصحيح والبيع الفاسد وبين النافذ وبين الموقوف فليس من تباين بين النافذ وبين الفاسد وبين الصحيح والنافذ ويمكن اجتماعها وتداخل بعضها ببعض.

وعلى ذلك يستفاد أن التقسيم الوارد هنا اعتباري لا حقيقي.

﴿المادة ١٠٧﴾ البيع غير المنعقد هو البيع الباطل.

إن كلمة البيع غير المنعقد مرادفة لكلمة البيع الباطل فكلتاهما بمعنى واحد. وقد عرفت المادة(١١٠) البيع الباطل بأنه غير صحيح اصلاً.

﴿المادة ١٠٨﴾ البيع الصحيح هو البيع الجائز وهو البيع المشروع اصلاً ووصفاً.

فالبيع الصحيح يفيد الملكية حتى قبل القبض راجع المادتين (٢٦٢ و٢٦٣) أي بمجرد حصول هذا البيع يصبح المشتري مالكاً للمبيع كما أن البائع يصبح مالكاً للثمن ولو لم يحصل القبض.

وقد عرفت الكتب الفقهية البيع الصحيح بأنه «ما كان مشروعاً بأصله ووصفه»

وعرف علماء الأصول الصحة في العقد بأنها وان يكون الفعل موصلاً للمقصود الدنيوي على الوجه اللائق أي بأن يكون في العبادات مفرغاً ومخلصاً للذمة وفي المعاملات موصلاً «للاختصاصات» الشرعية مثل الاغراض التي تترتب بالعقود والفسوخ.

فتعريف الأصوليين هذا يجري حكمه في الإجارة، والكفالة، والحوالة، والهبة، وسائر المعاملات الشرعية ويجري كذلك في جميع العبادات ويدخل في تعريف البيع الصحيح البيع النافذ والبيع الموقوف غير الفاسد لأنهما من اقسامه.

أما البيع الفاسد فيخرج من هذا البيع بقيد(المشروع وصفاً) الوارد في التعريف.

هذا ولما كان البيع الصحيح يأتي في بعض الاحايين بمعنى نقيض الباطل ويدخل فيه حينئذ البيع الفاسد والمراد هنا إنما هو الصحيح المقابل للفاسد فقد جيء في المجلة بقيد «الجائز» احترازاً عن الخطأ في التعريف.

﴿المادة١٠٩﴾ البيع الفاسد هو المشروع اصلاً لا وصفاً يعني أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض اوصافه الخارجة (راجع الباب السابع).

يكون البيع فاسداً إذا كان البيع أو الثمن مجهولاً أو كان الأجل الذي سيدفع فيه الثمن

مجهولاً أو كان شرط انعقاد البيع غير مشروع باعتبار بعض اوصافه الخارجة أما إذا كان البيع نفسه غير صحيح باعتبار اوصافه الخارجة فلا يكون فاسداً بل باطلاً

وهذا البيع يفيد الحكم عند القبض أي أنه يصير نافذاً وتصرف المشتري حينئذ في البيع يكون جائزاً .

والمراد بالصحة والمشروعية في هذه المادة هو أن يكون المبيع مالاً متقوماً وليس المراد بها جواز البيع وصحته إذ أن فساده مانع من صحته.

وقد عرف الأصوليون الفساد بأنه(أن يكون الفعل موصلاً للغاية الدنيوية باعتبار اركانه وشرائطه لا باعتبار اوصافه الخارجة) ويشمل هذا التعريف كل ما هو فاسد من العقود كالإجارة وغيرها (الازميري) راجع المواد(٣٦٤و ٢١٣و ٢٣٧و ٢٤٨).

وقد يطلق البيع الفاسد على البيع الباطل احياناً فقد جاء الفاسد في قول الزاهدي«إن بيع الاب مال الصغير في نفسه بغبن فاحش فاسد اجماعاً وكذا شراءه ماله لنفسه بذلك» بمعنى الباطل.

﴿المادة ١١٠﴾ البيع الباطل ما لا يصح اصلاً يعني أنه لا يكون مشروعاً اصلاً.

أي ان هذا البيع هو البيع غير الصحيح بحسب الأصل والذات والصفات ولو قبض المشتري في البيع الباطل المبيع بإذن البائع فلا يصبح له مالكاً ويكون كامانة عنده وذلك بعكس البيع الفاسد كما مر معنا. أما لو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع فيعد غاصباً(رد المحتار)

وقد عرف الأصوليون البطلان بأنه (أن يكون الفعل بحالة غير موصلة للمقصود الدنيوي اصلاً).

ويشمل هذا التعريف البطلان في جميع العقود وينطبق عليها كلها وجملة القول إنه فكما أن البيع الباطل يختلف عن الفاسد من حيث الماهية يختلف عنه أيضاً من حيث الحكم.

﴿المادة ١١١﴾«البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير كبيع الفضولي»

ويعرف البيع الموقوف أنه هو البيع الصحيح اصلاً ووصفاً والذي يفيد الملك على وجه التوقف .

وهذا التعريف بما أنه يتوافق بتعاريف الفاسد والصحيح والباطل السابقة الذكر ولا يتنافر معها بشيء ويتناول بيع المميز المحجور فهو أشمل من تعريف المجلة وأضبط.

هذا وبما أن تعريف البيع الصحيح ينطبق على البيع الموقوف فالبيع الموقوف هو بيع صحيح لا بيع

فاسد لأن الحكم في البيع الصحيح هو أن يفيد الملكية بدون قبض والموقوف يفيد الملكية بدون قبض أيضاً. وانعقاد هذا البيع موقوفاً على الإجازة لا ينافي كونه صحيحاً كما لا يمنع من صحة البيع الصحيح كونه موقوفاً على إسقاط الخيار.

غير أن هذا البيع «البيع الموقوف» مقابل للبيع النافذ أي أنه ليس ببيع نافذ.

﴿المادة ١١٢﴾ الفضولي هو من يتصرف بحق الغير بدون إذن شرعي

إن هذا التعريف هو تعريف الفضولي شرعاً أما تعريفه لغة فهو الذي يتداخل فيما لا يعنيه.

ويقصد بقوله «بدون إذن شرعي» هو ألا يكون له ولاية أو وصاية أو وكالة لأن تصرف الولي والوصي والوكيل لا يعد فضولاً.

الفضولي: نسبة إلى الفضول والفضول جمع فضل والفضل بمعنى الزيادة. وقد كان الواجب قياساً أن يقال (فضلي) لأن (ياء) النسبة لا تدخل على الجمع ولكن قد استعملت هذه الكلمة كعلم ومفرد بطريق الغلبة مثل قولهم الأنصاري والأعرابي وما إلى ذلك من الألفاظ.

قلنا: أن تصرف الولي والوصي والوكيل لا يعد فضولاً فإذا ضممنا إلى ذلك تصرف الإمام والقاضي وقاضي الجيش لما لهم من الولاية فنكون قد فسرنا التعريف تفسيراً تاماً لأن تصرف الإمام في بيت المال وغيره من الأمور العامة بشرط اقترانه بالمنفعة تصرف نافذ ومشروع فلو أوقف الإمام أرضاً من الأراضي الأميرية ليصرف ريعها في سبيل البر والإحسان فتصرفه نافذ ولا يعد فضولاً.

وكذلك القاضي وقائد الجيش فلو تصرف القاضي بأموال الأيتام لتنميتها أو تصرف القائد بالغنائم لتقسيمها فلا يعد تصرفهما فضولاً ويكون نافذاً.

﴿المادة ١١٣﴾ البيع النافذ بيع لا يتعلق به حق الغير وهو ينقسم إلى لازم وغير لازم

البيع النافذ (يفيد الحكم في الحال) وذلك بمقتضى المادة (٣٧٤).

والبيع النافذ هو مقابل للبيع الموقوف فمتى قيل بيع نافذ أريد أنه بيع غير موقوف.

معنى النفاذ: هو ترتب أثر التصرف في الحال فالملكية التي هي أثر للبيع تثبت في الحال ويصبح المشتري مالكاً للبيع بمجرد عقد البيع. بعكس البيع الموقوف فلا تثبت الملكية إلا عند الإجازة كما لا تثبت الملكية إلا عند سقوط الخيار في البيع الذي يوجد فيه أحد الخيارات.

﴿المادة ١١٤﴾ البيع اللازم هو البيع النافذ العاري عن الخيارات وبعبارة

أخرى فالبيع اللازم هو البيع الخالي من الخيارات المذكورة في الفصول السبعة من الباب السادس لكتاب البيوع

وحكم البيع اللازم كما جاء في المادة (٣٧٥) هو البيع الذي لا يحق لأحد المتعاقدين الرجوع عنه بدون رضاء الآخر.

وقد عرف الأصوليون اللزوم بقولهم (هو أن يكون الفعل بحيث لا يستطيع أحد المتعاقدين رفعه) وفي الواقع لا يحق لأحد المتعاقدين في بيع أو إجارة أو قسمة ليس فيها خيار فسخ شيء من هذه العقود.

والبيع اللازم هو مقابل للبيع غير اللازم وتقسم العقود باعتبارها لازمة أو غير لازمة إلى ثلاثة أقسام:

١ - العقود اللازمة بحق الطرفين وهي العقود الآتية:

(١)البيع (٢)السلم (٣)الإجارة «وإن جاز فسخها ببعض الأعذار» (٤)الصلح (٥)الحوالة (٦)المساقاة (٧)الوصية التي تقبل بعد وفاة الموصي (٨)النكاح (٩)الصداق (أي المهر) (١٠)الصدقة المقبوضة (١١)الهبة المقبوضة الخالية من الموانع السبعة.

٢ - عقد الرهن وهو لازم بحق أحد المتعاقدين دون الآخر فالمرتهن له فسخ عقد الرهن ولو لم يرضَ الراهن وليس للراهن فسخ عقد الرهن بعد التسليم إلا إذا اشترط في العقد الخيار.

٣ - العقود غير اللازمة لأحد الفريقين والتي يحق لكل منهما فسخها بدون رضاء الطرف الثاني وهي:

(١)الشركة، (٢)الوكالة، (٣)العارية التي تعطى لغير الرهن (٤)المضاربة، (٥)الوديعة، (٦)القضا، (٧)الوصاية قبل قبول الوصي (٨)الوصية قبل موت الوصي.

﴿المادة ١١٥﴾ «البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات»

فالبيع الذي يكون فيه أحد الخيارات يحق لصاحب الخيار فسخه (راجع المادة (٣٧٦)).

﴿المادة ١١٦﴾ «الخيار كون أحد العاقدين مخيراً على ما سيجيء في بابه».

الخيار ـ هو أن يكون الإنسان مخيراً بين تنفيذ العقد وبين فسخه وهذا التعريف يشمل جميع أنواع الخيارات.

الاختيار صفة قائمة بأحد المتعاقدين فإذا كان البائع مخيراً بخيار الشرط مثلاً فخيار الشرط

هنا قائم بالبائع وبذلك يكون البائع وحده مقتدراً على إنفاذ البيع أو فسخه ولو لم يرض المشتري كما لو كان المشتري هو المخير فالخيار يكون قائماً به وله حق إنفاذ البيع أو فسخه بدون رضاء البائع وموافقته.

﴿المادة ١١٧﴾ «البيع البات هو البيع القطعي»

يستعمل هذا البيع تارة على أنه مقابل للبيع بالوفاء وأخرى على أنه مقابل للبيع بالخيار.

فاستعمل في البزازية عند قولها «هلاك المبيع باتا أو بخيار الشرط في يد البائع..» على أنه مقابل للبيع بالخيار وفي رد المحتار قبيل باب الكفالة حيث يقول «ادعى البائع وفاء والمشتري باتاً أو عكساً فالقول لمدعي البات» قد استعمل على أنه مقابل لبيع الوفاء.

أما في المجلة فقد جاء على أنه مقابل للبيع بالوفاء (أنظر المادة ١٦٥٨)

«والبت» مأخوذ من مصدر «بتّ» وهو بمعنى القطع فيقال بت فلان الشيء إذا قطعه.

﴿المادة ١١٨﴾ بيع الوفاء هو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدراً على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير.

إن بيع الوفاء يشبه البيع الصحيح من جهة والبيع الفاسد من جهة وعقد الرهن من جهة.

فيشبه البيع الصحيح لأن للمشتري حق الانتفاع بالمبيع كما هو الحال في البيع الصحيح وله أيضاً في حالة وقوع البيع بشرط الإستغلال أن يؤجر المبيع بعد قبضه للبائع.

وهنا يتباين حكم هذا البيع وحكم الرهن لأنه ليس للمرتهن توفيقاً للمادة (٧٥٠) أن ينتفع بالمرهون كما أنه ليس له تأجيره للراهن فإذا أجره فالإجارة باطلة وله حق استرداد المرهون من الراهن.

ويشبه البيع الفاسد لأن للفريقين بمقتضى المادة «٣٩٦» حق فسخه وفي البيع الصحيح اللازم ليس لأحد الفريقين حق فسخ البيع بدون رضاء الفريق الآخر.

ولهذا فقد كان حكم بيع الوفاء من هذه الجهة حكم الفاسد.

ويشبه الرهن «١» لأنه لا يحق فيه للمشتري بيع المبيع لآخر «٢» لأنه لا يحق له أن يرهنه «٣» لأنه يكون بعد وفاة البائع أحق به من سائر الغرماء «٤» لأنه يشترط وجود البائع والمشتري في المحاكمة عند إدعاء شخص بالمبيع راجع المادة ١٦٣٧ «٥» لأن ورثة أحد العاقدين تقوم مقامه بعد الوفاة في احكام هذا البيع «٦» لأن الشفعة لا تجري فى هذا البيع «٧» لأن حق الشفعة في العقار

المجاور للمبيع بيع وفاء للبائع وليس للمشتري «٨» لعدم تمامه بدون تسليم «٩» للزوم نفقات تعمير المبيع بيعاً وفائياً للبائع.

كل هذه الأحكام منافية لأن يكون بيع الوفاء بيعاً صحيحاً «أنظر مادتي ٧٠٦ و٧٢٤»

وعليه فلو باع شخص داره بيعاً وفائياً لدائنه مقابل دينه واحترقت الدار قبل القبض والتسليم فطالب الدائن المدين بالدين فليس للمدين بداعي سقوطه استناداً على المادة «٣٩٩» حق الإمتناع عن دفعه.

كذلك لو توفي المدين قبل تسليم المال المباع من قبله وفاء للمشتري فيحق لغيره من غرماء المدين في حال زيادة الدين الذي بذمته عن التركة المخلفة عند إدخال الدار المذكورة في التركة واقتسامها مع المشتري بصفته أحد الدائنين ولا يلتفت في ذلك إلى حكم المادة «٧٢٩».

والحاصل أن بيع الوفاء وإن وجد فيه تسعة أقوال فأرجحها القول الذي اتبعته المجلة في قولها «وهو في حكم البيع الجائز بالنظر إلى انتفاع المشتري به وفي حكم البيع الفاسد بالنظر إلى كون كل من الفريقين مقتدراً على الفسخ وفي حكم الرهن بالنظر إلى أن المشتري لا يقدر على بيعه إلى الغير.

ولكن على كل فوجه الشبه فيه بالرهن أبين وأرجح كما تبين مما مر معنا من التفصيلات أما حكم البيع الصحيح وحكم الفاسد وحكم الرهن فقد جاءت في المواد (٣٦٩، ٣٧٢، ٨٢٩) من المجلة.

هذا وقد ذكرت المجلة في البيع بالوفاء المبيع بصورة مطلقة، وجاء في المتن التركي (المال) بدلاً من المبيع على أن الفقهاء وان اتفقوا على جوازه في العقار فقد اختلفوا في جوازه في المنقول فمنهم من قال بالجواز ومنهم من لم يجزه وقد أفتى كثيرون من شيوخ المسلمين بعدم جوازه.

ونحن نرى أن المجلة ذكرت المال بصورة مطلقة وبما أن هذا البيع هو بحكم الرهن والرهن جائز في المنقولات، جواز بيع الوفاء في المال المنقول على أن هذا البيع في الغالب انما يجري بين الناس في المنقول فقط.

وقد قصد بكلمة (المال) الواردة في المتن التركي بدلاً من كلمة، المبيع، التي جاءت في متن المجلة العربي لاحتراز من المستغلات الموقوفة والأراضي الأميرية لأنه لا يجري فيها البيع بالوفاء والفراغ بالوفاء الذي يجري فيهما يفترق عن البيع بالوفاء اسماً وحكماً.

﴿المادة ١١٩﴾ «بيع الاستغلال هو بيع وفاء على أن يستأجره البائع»

وبعبارة أوضح ان بيع الاستغلال هو بيع الوفاء الذي يشترط فيه استئجار البائع المبيع من المشتري.

يفهم من هذا «بأن بيع الاستغلال مركب من بيع وفاء وعقد اجارة» فتاوى أبو السعود في البيع».

مثال: فلو باع شخص داره المملوكة له لآخر بعشرة آلاف قرش على أن يردها له عند إعادة الثمن وعلى أن يؤجرها له وبعد إخلاء الدار وتسليمها للمشتري استأجرها البائع من المشتري بألف قرش لمدة سنة.

فهذا البيع هو بيع استغلال والألف قرش غلة البيع هي الفائدة التي تعود على المشتري من المبيع.

ولما كانت المجلة لم تذكر شيئاً من المسائل المتعلقة البتة وبما أن مسائل الإستغلال تتعلق بالإجارة مباشرة فقد عزمنا على ذكر بعض المسائل عنها في شرح كتاب الإجارة.

﴿المادة ١٢٠﴾ «البيع باعتبار المبيع ينقسم إلى أربعة أقسام القسم الأول بيع المال بالثمن وبما أن هذا القسم أشهر البيوع يسمى بالبيع. القسم الثاني هو الصرف والقسم الثالث بيع المقايضة والقسم الرابع السلم».

إن البيع يقسم باعتبار أنه بيع مطلق إلى قسمين كما مر معنا في المادة (١٠٥) ويقسم باعتبار المبيع إلى أربعة أقسام كما هو مذكور في متن هذه المادة. وتعاريف هذه البيوع ستأتي في المواد الآتية.

﴿المادة ١٢١﴾ «الصرف بيع النقد بالنقد»

يعني أن بيع الصرف هو بيع الذهب المسكوك أو غير المسكوك بذهب أو فضة والفضة بذهب أو مثلها فضة.

فلو أعطى شخص آخر جنيهاً مصرياً أو ليرة عثمانية وأخذ منه مقابلها نقوداً فضية أو نقوداً ذهبية من (أجزاء الليرة) فذلك البيع هو بيع الصرف.

وأحكام بيع الصرف ومسائله المخصوصة قد وردت في الكتب الفقهية أما المجلة فلم تأتِ على شيء منها.

﴿المادة ١٢٢﴾ (بيع المقايضة بيع العين بالعين اي مبادلة مال بمال غير النقدين)

يفهم من هذا التعريف أنه يشترط في المقايضة «١» ألّا يكون المالين نقداً لأنه إذا كان الاثنان نقدين فالبيع صرف وإذا كان أحدهما نقداً فالبيع يكون هو البيع المشهور. «٢» أن يكون كل من المالين عيناً. كمبادلة فرس معين بفرس معين وإلا فبيع شيء معين بآخر غير معين كأن يبيع شخص

فرساً معيناً بخمسين كيلة من الحنطة ديناً لا يعد مقايضة بل يكون بيعاً من القسم الأول من أقسام البيع التي جاء ذكرها في المادة «١٢٠».

﴿المادة ١٢٣﴾ «بيع السلم مؤجل بمعجل»

وبعبارة اوضح هو البيع الذي يكون فيه الثمن معجلاً واستلام المبيع مؤجلاً. وهو بعكس البيع المؤجل فالبيع المؤجل هو الذي فيه يكون المبيع معجلاً والثمن مؤجلاً.

فيقال في هذا البيع للمشتري «صاحب الدراهم» «رب السلم» «ومسلم» بكسر اللام مع تشديدها وللبائع «مسلم إليه» وللثمن «رأس مال السلم» وللمال المباع «مسلم فيه» - رد المحتار في السلم.

وكما يجوز في السلم أن يكون الثمن نقداً يجوز أيضاً أن يكون مالاً قيمياً أو مثلياً.

هذا والبيع كما مر معنا بالنسبة إلى تسمية البدل يقسم إلى أربعة أقسام.

«١» - المساومة

«٢» - المرابحة

«٣» - التولية

«٤» - الوضيعة.

بيع المساومة - هو الذي يقع باتفاق من البائع والمشتري على الثمن بدون أن يذكر البائع الثمن الذي اشترى به ذلك المال. كأن يبيع أحد لآخر ثوب قماش بماية قرش بدون أن يذكر للمشتري القيمة التي كان دفعها ثمناً لذلك القماش.

بيع المرابحة - هو البيع الذي يقع بعد بيان البائع ثمن المبيع الذي اشتراه به على ربح معلوم زيادة على ذلك الثمن وذلك كأن يقول البائع للمشتري قد كلفني هذا المال مماية قرش فابيعه لك بماية وعشرة قروش.

بيع التولية - هو البيع الذي يقع بعد بيان البائع ثمن المبيع الذي اشتراه به بدون زيادة ولا نقصان على ذلك الثمن وذلك كما لو اشترى أحد مالاً بعشر ذهبات فباعه من آخر بعشر أيضاً.

بيع الوضيعة - هو الذي يقع بنقص في ثمن المبيع عما اشتراه به البائع. وذلك كأن يشتري شخص مالاً بعشرة جنيهات فيبيعه بسبعة.

﴿المادة ١٢٤﴾ «الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع

الاصتناع - لغة طلب العمل وتعريفه الوارد في المجلة هو التعريف الشرعي له وشروطه أن

يكون العمل والعين من الصانع والا فإذا كانت العين من المستصنع فهو عقد اجارة «انظر المادة ٤٢١»

مثال: إذا قاول شخص خياطاً على صنع جبة وقماشها وكل لوازمها من الخياط فيكون قد استصنعه تلك الجبة وذلك هو الذي يدعي بالاستصناع.

أما لو كان القماش من المستنصع وقاوله على صنعها فقط فيكون قد استأجره والعقد حينئذ عقد اجارة لا عقد استصناع.

﴿المادة ١٢٥﴾ «الملك ما ملكه الانسان سواء كان اعياناً أو منافع» أي أنه هو الشيء الذي يكون مملوكاً للانسان بحيث يمكنه التصرف به على وجه الاختصاص.

اعيان - جمع عين وقد جاء تعريفها في المادة (١٥٩)

المنافع - جمع منفعة وهي الفائدة التي تحصل باستعمال العين فكما أن المنفعة تستحصل من الدار بسكناها تستحصل من الدابة بركوبها.

ولما كانت المنفعة كالحركة من الاعراض الزائلة وهي معدومة فيجب قياساً الا تكون محلاً للعقد لأن الشارع بضرورة الحاجة قد اعطاها حكم الموجود وجوز بان تكون محلاً للعقد فأقام العين مقام المنفعة في العقود فيقال في تأجير دار مثلاً قد اجرتك هذه الدار فتنعقد الاجارة بقبول المستأجر أما إذا قيل قد اجرتك منفعة الدار فعلى قول لا تصح الاجارة ولا تنعقد لأن المنفعة معدومة فاضافة العقد إليها غير صحيح (ازميري) وعلى قول آخر فإنها تكون منعقدة وصحيحة وسيجيء الكلام على ذلك في شرح كتاب الاجارة.

﴿المادة ١٢٦﴾ «المال هو ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة منقولاً كان أو غير منقول»

فكل شيء ابيح الانتفاع به أو لم يبح وكل ما هو مملوك بالفعل أو لم يكن مملوكاً من المباحات ويمكن ادخاره فهو داخل تحت هذا التعريف.

هذا ويوجد فرق بين (مالية) الشيء وبين تقومه فالمالية تثبت بتمول الناس جميعهم أو بعضهم أما التقوم فيثبت بتمول الناس وجعل الشرع اياه مباحاً للانتفاع (حموي).

الأدخار - بتشديد الدال هو الجمع.

أما بقوله في التعريف «وهو ما يميل إليه طبع الانسان» فيخرج لحم الميتة، والانسان الحر.

وبقوله «ويمكن ادخاره لوقت الحاجة» يخرج كل ما لا يقع بيعه وشراؤه كحبة من القمح مثلاً إلى كل ما هو من قبيلها من الجزئيات وكل ما هو من المنافع غير المستقرة والتي لا يمكن ادخارها وحفظها. وعلى ذلك فقد اصبح هذا التعريف باخراجه ما مر تاماً لأن حبة القمح وما حبة من القمح في الواقع ليست مما يدخر. وكذلك المنافع ليست بمال فلا يمكن ادخارها إذ لا ادخار بدون بقاء وان عدت المنفعة في عقد الاجارة كما مر بضرورة الحاجة متقومة «رد المحتار».

هذا ويفهم ما مر معنا من التفصيلات أنه يوجد بين الملك والمال عموم وخصوص مطلق فكل مال كفرس مثلاً ملك وليس كل ملك كالمنافع مثلاً يعد مالاً.

﴿المادة ١٢٧﴾ «المال المتقوم يستعمل في معنيين الأول ما يباح الانتفاع به والثاني بمعنى المال المحرز فالسمك في البحر غير متقوم وإذا اصطيد صار متقوماً بالاحراز».

فالمعنى الأولى هو معنى المال الشرعي والثاني معناه العرفي.

فلحم الخروف المذبوح مثلاً، بما أن أكله وتناوله مباح فهو من هذه الجهة مال ومتقوم أيضاً أما لحم غير المذبوح كالمخنوق خنقاً فبما أن اكله وتناوله حرام وممنوع فمن هذه الجهة يعد غير متقوم وان عده البعض مالاً.

كذلك حبة الحنطة وان تكن وفقاً لهذا المعنى متقومة أي أن الانتفاع بها مباح فليست بمال كما قد اسلفنا. كذلك الحيوان الذي يموت حتف أنفه لا يعد مالاً.

فعلى هذا يفهم أن كل شيء فقد منه كل من التمول والتقوم فلا يكون مالاً ولا يعد متقوماً وسيأتي في المادة «٣٦٣» الإيضاح على جواز استعمال كلمة «المتقوم» في كلا المعنيين المعنى الأول والثاني.

﴿المادة ١٢٨﴾ المنقول هو الشي الذي يمكن نقله من محل إلى آخر ويشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات.

وكذلك الأبنية والأشجار المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو في الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول «راجع المادة ١٠١٩».

فللابنية والاشجار اعتباران:

(١) - فإذا اعتبرت الابنية والاشجار مع الأراضي الواقعة عليها تعد حينئذ عقاراً.

(٢) - أما إذا اعتبرت لوحدها بدون الأراضي الواقعة عليها فتعد منقولاً.

هذا وبما أن المذروعات والعدديات داخلة في العروض فلم تر المجلة حاجة لتخصيصها بالذكر.

﴿المادة ١٢٩﴾ غير المنقول ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والاراضي مما يسمى بالعقار.

وعليه يفهم بأن العقار هو عبارة عن مبني كالدور وغيرها من المباني وغير مبني وهو الأراضي. إلّا ان البناء بدون الأرض يعد منقولاً «بحر وذخيرة» فإذا بنى أحد داراً مثلاً في غير ملكه فتكون الدار منقولاً.

﴿المادة ١٣٠﴾ النقود جمع نقد وهو عبارة عن الذهب والفضة.

سواء كانا مسكوكين أو لم يكونا كذلك ويقال للذهب والفضة النقدان والحجاران ودعتهما المادة ١٢٢ بالنقدين.

وقد اعتبر الذهب والفضة هما المقياس الذي تقدر بالنظر إليه أثمان الأشياء وقيمتها ويعدان ثمناً. أما النقود النحاسية والأوراق النقدية «البانكنوط» فتعد سلعة ومتاعاً فهي في وقت رواجها تعتبر مثلية وثمناً وفي وقت الكساد تعد قيمية وعروضاً «راجع المادة ١٣٣٩» رد المحتار.

والنقود المعدنية المتداولة في أيامنا هذه ليست بثمن في الأصل ولكن بما أنه يحتاج إليها في شراء الأشياء البخسة فهي بمقام اجزاء ضربت للتسهيل على الناس إذا لو اراد المشتري شراء شيء بقرش فليس في إمكانه استخراج المقدار المساوي لهذه القيمة فضة من الريال أو ذهباً من الجنيه (الدر المنتقى)

﴿المادة ١٣١﴾ العروض جمع عرض بالتحريك وهي ما عدا النقود والحيوانات والمكيلات والموزونات كالمتاع والقماش

وكذلك الكتاب، والملبوسات، واللحاف، والكرسي، والفراش، وما اشبهها من الاشياء كلها عروض أما العقار فليس بعرض.

هذا وقد جاءت «كلمة عرض» في الصحاح بسكون الراء (عروض) وذكر بأنها تطلق على جميع الأموال ما عدا الدراهم والدنانير أما في «المعرب» فقد جاءت بفتح العين والراء كما مر معنا في متن المادة على أن العرض قد يستعمل في بعض الاحايين على أنه مقابل للعقار والحيوان وحينئذ تدخل المكيلات والموزونات في العروض.

﴿المادة ١٣٢﴾ المقدورات ما تتعين مقاديرها بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذراع وهي شاملة للمكيلات والموزونات والعدديات، والمذروعات.

ويقال للمكيلات، والموزونات، والعدديات، والمذروعات «المقدرات الأربعة».

﴿المادة ١٣٣﴾ الكيلي والمكيل هو ما يكال به

ويقال له كيل أيضاً كما جاء في المتن التركي

الكيل مصدر على وزن سيل.

وكما أن الكيل يجيء بمعنى كيل الشيء يجيء أيضاً بمعنى المكيال.

وكلمةكيل الواردة في المتن التركي قد اريد بها الاحتراز عما يكال بالذراع من المذروعات والكيلي: هو القمح والشعير والذرة إلى غير ذلك من الحبوبات التي تباع بالكيل.

﴿المادة ١٣٤﴾ الوزني والموزون هو ما يوزن

الوزني – بفتح الواو وسكون الزاي جمعه وزنيات. والوزني منسوب إلى الوزن ويجمع موزون على موزونات والوزن – هو اختبار الثقل والخفة.

﴿المادة ١٣٥﴾ العددي والمعدود هو ما يعد

العددي – بصيغة اسم المنسوب من العدد ويجمع على عدديات

والمعدود – بصيغة اسم المفعول ويجمع على معدودات.

والعد: هو ضم اعداد الى اخرى غيرها

﴿المادة ١٣٦﴾ الذرعي أو المذروع هو ما يقاس بالذراع

كالقماش، والعرصة، والبستان وما إليها (راجع المادة ١١٤٨)
ويجمع ذرعي على ذرعيات، ومذروع على مذروعات
ويراد بقول المتن «بالذراع» الاحتراز عن الأشياء التي تكال كيلاً

﴿المادة ١٣٧﴾ المحدود هو العقار الذي يمكن تعيين حدوده وأطرافه

كالعرصة والمزرعة

حدود: جمع حد. والحد لغة معناه المنع
ويطلق على الحائل بين شيئين لأنه مانع من اختلاطهما

﴿المادة ١٣٨﴾ المشاع ما يحتوي على حصص شائعة

كالنصف والربع والسدس والعشر وغير ذلك من الحصص السارية إلى كل جزء سن أجزاء المال منقولاً كان أو غير منقول

وقد سميت الحصة السارية في المال المشترك شائعة لعدم تعينها في أي قسم من أقسام المال المذكور

حصص: جمع حصة والجمع هنا يستعمل لما فوق الواحد

والمشاع: الشائع بمعنى واحد ويطلقان على الحصة المشتركة غير المقسمة **(طحطاوي)**

وعليه فالحصة السارية هي الحصة الشائعة أو المشاعة ومجموع الحصص المشتركة لا يعد مشاعاً فالمزرعة المشتركة من حيث كل حصة على حدتها مشاعة ومن حيث المجموع غير مشاعة.

﴿المادة ١٣٩﴾ الحصة الشائعة هي السهم الساري إلى كل جزء من أجزاء المال المشترك.

كما لو كانت دار مشتركة بين ثلاثة أشخاص بالتساوي فيكون كل ما فيها من غرف، وأخشاب، وحجارة، ومسامير مشتركاً بين الثلاثة شركاء لكل واحد منهم ثلثه

﴿المادة ١٤٠﴾ الجنس ما لا يكون بين أفراده تفاوت فاحش بالنسبة إلى الغرض منه

هذا التعريف هو التعريف الفقهي للجنس أما تعريفه عند الأصوليين؛ فهو الشيء الذي يوجد تفاوت فاحش بين أفراده في الغرض والمقصد. كالإنسان فهو جنس فقهي لأنه يتناول الرجل والأمرأة على حد سواء لا جنس حقيقي لأن أحكام الرجل والامرأة تتفاوت عن بعضها فالرجل أهل للنبوة، والخلافة، والإمامة، والشهادة في الحدود والقصاص بعكس المرأة فهي ليست بأهل لذلك. كذلك القماش جنس فقهي فيدخل تحته أنواع كثيرة من الأقمشة المتغايرة كالجوخ، والحرير، ومنه الهندي والشامي وغير ذلك من الأنواع.

النوع: هو الشيء الذي لا يوجد تفاوت بين أفراده من حيث الغرض كالرجل والامرأة فالرجل نوع لأن كل فرد من الرجال أهل لأن يصلي بالناس إماماً وهو أهل للشهادة في الحدود والقصاص. على أنه وإن كانت الأفراد التي تتناولها كلمة (رجل) في الواقع غير متساوية حكماً فمنها

العاقل الذي يكون أهلاً للشهادة والإمامة ومنهم المجنون الذي لا يصلح لشيء من ذلك.

فهذا الاختلاف لما كان اختلاف عارض وليس بأصلي فلا يعتد به.

هذا وبما أن أهل الميزان يبحثون في الأشياء من حيث الذات والعرض والحقيقة فيعدون الإنسان نوعاً أما أهل الشرع فبما أنهم يبحثون عن الإنسان من حيث الأحكام الشرعية المتعلقة به فيعدونه جنساً وعليه يفهم من هذه التفصيلات كلها أن التعريف الذي ورد في المجلة تعريفاً للجنس غير منطبق على تعريف الأصوليين ولا تعريف الفقهاء.

وقد عرفت المجلة الجنس هنا للزومه في البيوع والوكالة.

«المادة ١٤١» الجزاف والمجازفة بيع مجموع بلا تقدير

الجزاف: تعريب كلمة «كزاف» الفارسية. وهو البيع بالنظر والحدس والتخمين بلا كيل ولا وزن «شرح المجمع».

ويكون الجزاف في ثلاثة أشياء:

١ - في المبيع كبيع صبرة حنطة بدون ذكر كيلها وبيع كوم تبن بدون ذكر وزنه. وهذا هو بيع الجزاف. وسيأتي في المادة (٢١٨) ما يوضح ذلك تمام التوضيح.

٢ - في الثمن: وذلك كأن يقول شخص لآخر قد اشتريت دارك هذه بما في هذا الكيس من الجنيهات ولم يكن عددها ولا وزنها معلوماً.

وهذا البيع لا يكون بيع جزاف.

٣ - في البيع وفي الثمن معاً: وذلك كشراء صبرة حنطة بنقود يشار إليها ومقدار الحنطة ومقدار النقود غير معلومين.

وهذا البيع يعد جزافاً بالنظر إلى المبيع.

«المادة ١٤٢» حق المرور هو حق المشي في ملك الغير

وذلك بأن تكون رقبة الطريق مملوكة لشخص ولآخر الحق بأن يمر منها فقط. وهذا الحق من الحقوق المجردة التي تسقط بالإسقاط كما سيجيء في المادة ١٢٢٧.

«المادة ١٤٣» حق الشرب هو نصيب معين معلوم من النهر

ويكون عاماً أو خاصاً بمزرعة أو بستان أو حديقة. «راجع المادة ١٢٦٢»

ويعين مقدار هذا الحق بالزمن تارة وأخرى بأنابيب أو فجوات ذات اسماع معين.

﴿المادة ١٤٤﴾ حق المسيل حق جريان الماء والسيل والتوكاف من دار إلى الخارج.

أي أن يكون المحل الذي يسيل إليه الماء ملكاً لغير صاحب الدار ولصاحب الدار حق الاسالة إلى ذلك المحل فقط وحق المسيل هذا كحق المرور من الحقوق المجردة التي تسقط بإسقاطها

والمسيل هنا مصدر ميمي ويطلق على المحل الذي يسيل الماء منه. وحق المسيل بمعنى حق التسييل أو حق الاسالة «رد المحتار».

﴿المادة ١٤٥﴾ المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به

كالكيل والموزون والعدديات المتقاربة مثل الجوز والبيض «رد المحتار» راجع المادة (١١١٩)

لأنه وإن وجد تفاوت في الكبر والصغر بين أفراد البيض والجوز وآحادهما فذلك التفاوت لا يوجب اختلافاً في الثمن ويباع الكبير منها بمثل ما يباع به الصغير «رد المحتار».

هذا وليكن معلوماً بأنه ليس كل مكيل ولا كل موزون بمثلي فالقمح المخلوط بشعير والكأس المصنوع من فضة وذهب ليسا بمثليين وإن كان الأول مكيلاً والثاني موزوناً.

﴿المادة ١٤٦﴾ القيمي ما لا يوجد له مثل في السوق أو يوجد لكن مع التفاوت المعتد به في القيمة

كالمثلي المخلوط بغيره وهو مثل الحنطة المخلوطة بشعير أو ذرة كما مر معنا ، والخيل والحمير والغنم، والبقر والبطيخ وكتب الخط وما أشبه ذلك من الأشياء التي يوجد تفاوت بين أفرادها بحيث تتفاوت في الأثمان تفاوتاً بعيداً.

ففرس من الخيل قد يساوي مائتي جنيه وآخر قد لا يساوي معشار ذلك

كذلك الغنم منها ما يساوي خمسة جنيهات ومنها لا يساوي أكثر من نصف جنيه

والبطيخ يوجد منه الكبيرة التي تساوي خمسة قروش والصغيرة التي لا تساوي القرش الواحد

وكتاب بخط جيد لا يستوي بكتاب رديء الخط. فالأول قد يساوي العشرة جنيهات أما الثاني ربما كان لا يساوي عشر معشار هذه القيمة.

﴿المادة ١٤٧﴾ العدديات المتقاربة هي المعدودات التي لا يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة فجميعها من المثليات

كالبيض والجوز (أنظر المادة ١١١٩)

وتعد العدديات المتقاربة كما مر في شرح المادة (١٤٥) من المثليات على رغم التفاوت الموجود

بين أفرادها وآحادها لأنه تفاوت جزئي فلا تأثير له على أثمانها.

﴿المادة ١٤٨﴾ العدديات المتفاوتة هي المعدودات التي يكون بين أفرادها وآحادها تفاوت في القيمة فجميعها قيميات

كالغنم والبطيخ والدواب: فترى بطيخة مثلاً تؤخذ بنصف قرش وأخرى لا يمكن أخذها بثلاثة قروش أو خمسة والأشياء الأخرى القيمية كلها على هذه الكيفية.

﴿المادة ١٤٩﴾ ركن البيع يعني ماهيته عبارة عن مبادلة مال بمال ويطلق على الإيجاب والقبول أيضاً لدلالتهما على المبادلة

الركن هنا هو الذي إذا فقد من شيء لا يمكن وجود ذلك الشيء وكما يطلق الركن على معنى (المتمم لماهية الشيء) قد يطلق أيضاً على معنى «الجزء لماهية الشيء» كقولهم (القيام ركن الصلاة) فالقيام هو جزء من الصلاة. والمعنى الأول هو المراد في هذه المادة.

والمتمم لماهية البيع بحد ذاته هو مبادلة المال بالمال وإن أطلق أحياناً على الإيجاب والقبول أو على التعاطي الذي يقوم مقامهما فذلك إنما هو من قبيل إطلاق اسم المدلول على الدال (مجمع الأنهر).

ويفهم من ماهية البيع انه يجب أن يكون كل من البدلين مالاً فتنزل الإمام أو الخطيب أو المؤذن عن إمامته أو وظيفته لآخر وإن كان صحيحاً ويقوم مقام الاذن من المتولي ولا يحق له الرجوع عما تنزل عنه فيما أن ذلك المتنزل عنه ليس بمال فلا يعد بيعاً وإنما هو فراغ وتنزل.

﴿المادة ١٥٠﴾ محل البيع هو المبيع

وهو المال الذي يتعلق به البيع (راجع المادة ٣٦٣)

فمحل البيع والمبيع معناهما واحد فهما كلمتان مترادفتان «رد المحتار»

والثمن وإن كان موجوداً في البيع ويخال أنه محل له كالمبيع فبما أن المقصود الأصلي في البيع إنما هو المبيع فهو وحده محل البيع فقط.

﴿المادة ١٥١﴾ المبيع ما يباع وهو العين التي تتعين في البيع وهو المقصود الأصلي من البيع لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان والأثمان وسيلة للمبادلة

وسواء كان مثلياً أو قيمياً فمتى تعين في البيع وفقاً لما جاء في المادة (٢٠٤) فليس للبائع أن يعطي للمشتري سلعة أخرى مماثلة له أو أحسن منه فلو قال شخص لآخر قد بعتك هذه الحنطة

الموجودة في المخزن الفلاني وقبل منه المشتري فليس للبائع أن يسلمه خلاف الحنطة المباعة ولو كانت هذه من جنس أعلى من جنس تلك.

ولما كان المبيع هو المقصود الأصلي من البيع فقد اشترط فيه كما ورد في المواد (١٩٤ و١٩٧ و١٩٨) أن يكون موجوداً ومقدور التسليم وينفسخ البيع بتلفه قبل التسليم. أما الثمن فهو ليس كذلك وهو لا يتعين بالتعيين في العقد «أنظر المادة ٢٤٣».

فلو باع شخص خمسين كيلة من الحنطة وكان حين البيع لا يملك الحنطة المذكورة فالبيع باطل (أنظر شرح المادة ١١٥) ولا ينقلب البيع إلى حال الصحة لو أصبح البائع بعد ذلك مالكاً لهذا المقدار من الحنطة حتى ولو سلمها للمشتري.

أما لو اشترى المشتري مالاً بمئة جنيه وكان لا يملك المئة جنيه حين العقد فلا يطرأ بذلك خلل ما على العقد وله بعدئذ أن يتداركها ويدفعها للبائع.

لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان والأثمان إن هي إلّا وسيلة للمبادلة.

أعيان: جمع عين وهي وإن كانت كما عرفت في المادة (١٥٩) تشمل الثمن الموجود فبالنظر للمقابلة الواردة هنا يعلم بأن المراد بالأعيان إن هو إلّا غير الثمن.

الأموال: جمع مال وكلمة المال وإن تكن كما فهم من المادة (١٢٦) تشمل الثمن أيضاً ولكن بما أنها جاءت هنا مقابلة للثمن فيعلم من ذلك بأنه قد أريد بها غير الأثمان من الأموال.

﴿المادة ١٥٢﴾ الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة

حتى ولو أشير إلى الثمن حين العقد وإن كان نقداً فلا يتعلق بالمشار إليه بل إنما يتعلق بالذمة لأن الثمن كما سيجيء في المادة (٢٤٣) لا يتعين بتعيينه في العقد.

والثمن: لغة هو قيمة الشيء وهذا المعنى أعم من معناه الشرعي فنقل هذه الكلمة إلى المعنى الشرعي هو من نقل العام إلى الخاص.

وقد يستعمل الثمن بمعنى البدل مطلقاً وقد ورد في المادة (٤٦٣) بهذا المعنى فسيأتي في شرحها إيضاحه وتفصيله (مجمع الأنهر).

وجملة القول أن للثمن معنيين بمعنى أنه قيمة المبيع ويتعلق بالذمة وهو المعنى الوارد في هذه المادة ومعنى أنه بدل أي أنه المال الذي يكون عوضاً عن المبيع.

فيدخل فيه وهو في المعنى الأول المكيلات، والموزونات، والعدديات المتقاربة والنقود دون الأعيان لعدم إمكان ترتبها بالذمة.

ويدخل فيه بمعناه الثاني النقود والمكيلات والموزونات والأعيان غير المثلية كالحيوان والثياب وما إليها،هذا والثمن نوعان:

النوع الأول: الثمن المسمى.

النوع الثاني: ثمن المثل.

وسيأتي في المادتين الآتيتين تعريفهما.

وقصارى القول أنه بما أن الثمن لم يكن هو المقصود الأصلي من المبيع فلا يتعين بالتعيين في عقد البيع.

وللسبب نفسه لا يشترط فيه أن يكون في ملك المشتري وقت العقد وأن يكون موجوداً ومقدور التسليم حينئذ. وإذا تلف قبل التسليم فلا يفسخ البيع.

مثال: لو اشترى شخص مالاً بخمسين ديناراً وكان لا يملك ذلك حين العقد فالشراء صحيح كما انه لو كان يملك خمسين ديناراً فاشترى بها مالاً وقبل أن يسلمها للبائع تلفت بيده فلا يطرأ خلل ما على عقد البيع (رد المحتار).

أما الفرق بين الثمن والمبيع فسيأتي البحث عنه في شرح المادة (١٥٥).

﴿المادة ١٥٣﴾ الثمن المسمى هو الثمن الذي يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع بالتراضي سواء كان مطابقاً للقيمة الحقيقية أو ناقصاً عنها أو زائداً عليها.

وعلى ذلك كما أن الثمن المسمى قد يكون بقيمة المبيع الحقيقية يكون أيضاً أزيد من القيمة الحقيقية أو أنقص.

مثال: لو باع إنسان فرساً له قيمته الحقيقية خمسين جنيهاً بخمسين جنيهاً فيكون قد باعه بقيمته الحقيقية أو لو باعه بستين فيكون قد باعه بعشرة جنيهات زيادة عن قيمته أما لو باعه بأربعين فيكون الثمن المسمى قد نقص عن القيمة الحقيقية للفرس.

هذا ولما كانت كلمة «قيمة» كما يفهم من المادة الآتية هي السعر الحقيقي لثمن المبيع فوصفها بالحقيقية إنما هو وصف تفسيري.

حاشية لبيان بعض الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالثمن:

١ - الغش الغالب: هو أن تكون كمية الذهب أو الفضة في النقود أقل من الكمية المعدنية الممزوجة معها كأن يكون الثلث فضة أو ذهباً والثلثان نحاساً أو غيره من المعادن الأخرى.

٢ - الغش المغلوب: وذلك هو النقود التي تكون كمية الذهب أو الفضة فيها أزيد من المعادن الأخرى الممزوجة بها.

٣ - النقد الخالص: وهو النقود الذهبية أو الفضية التي لم تمزج بمعدن آخر من المعادن.

٤ - زيوف: جمع زيف هي الدراهم التي لا يوجد فيها ذهب أو فضة مثل الأجزاء المعدنية أو النحاسية البحتة.

٥ - الكساد: وهو أن يبطل التداول بنوع من العملة ويسقط رواجها في البلاد كافة.

٦ - الانقطاع: هو عدم وجود مثل الشيء ما في الأسواق.

ولو وجد ذلك المثل في البيوت فانه ما لم يوجد في الاسواق فيعد منقطعا.

٧ - الرخص: هو تنزل قيمة شيء ما أي نقصانها.

٨ - الغلاء: تزايد قيمة الشيء أي ارتفاعها (رد المحتار).

﴿المادة ١٥٤﴾ القيمة هي الثمن الحقيقي للشيء وكذلك ثمن المثل.

أي أنها المقياس للمال بدون زيادة ولا نقصان.

فالقيمة بما أنها بمنزلة المقياس فلا تكون زائدة أو ناقصة (رد المحتار).

وتجمع القيمة على قيم كعنب وهي مأخوذة من القيام لأن السعر لما كان يقوم مقام المتاع فقد سمي قيمة.

وكما بينا في شرح المادة (١٥٢) أن الثمن المسمى وثمن المثل هما من أقسام الثمن فالثمن هو المطلق الأعم أما الثمن المسمى وثمن المثل فهما المطلق الأخص.

على أنه يوجد بين الثمن المسمى وبين ثمن المثل عموم وخصوص فيجتمعان في مادة ويفترقان في اثنتين.

مادة الاجتماع - هي كما لو باع شخص ماله الذي يساوي مئة قرش بماية قرش ثمناً مسمياً فالماية قرش كما أنها الثمن المسمى للمبيع فهي القيمة الحقيقية له أو ثمن المثل.

إفتراق القيمة عن الثمن المسمى - وذلك كما لو باع شخص مالا يساوي مَئة قرش بخمسين قرشاً بيعاً فاسداً وتلف المبيع بيد المشتري فتلزمه الماية قرش قيمة المبيع الحقيقية ويضمنها للبائع. فهنا قد وجدت القيمة ولم يوجد الثمن المسمى.

إفتراق الثمن المسمى عن القيمة - وذلك كأن يبيع شخص مالاً يساوي ماية قرش بمئة وخمسين بيعاً صحيحاً فالماية والخمسون هي الثمن المسمى للمبيع وليست قيمته.

﴿المادة ١٥٥﴾ المثمن الشيء الذي يباع بالثمن

المثمن: من التثمين بضم الميم الأولى مع فتح الثاء والميم الثانية المشددة.

التثمين: بمعنى وضع القيمة والسعر.

يوجد فرق بين المثمن والمبيع بل بين هذه المادة وبين المادة (١٥١). فالمثمن كما جاء في المادة (١٥٢) بتعريف الثمن هو الشيء الذي يباع مقابل بدل يثبت في الذمة أما في بيع المقايضة وإن قبل للبدلين بيع فلا يطلق عليهما مثمن. فعلى ذلك يفهم بأنه يوجد بين المثمن وبين المبيع عموم مطلق وخصوص مطلق فالمثمن هو المطلق الأخص فإذا بيع مال مثلاً بخمسين قرشاً فكما أنه يقال للمال مبيع يقال له أيضاً مثمن.

أما إذا بيع حصان بجمل بيع مقايضة فيقال للحصان والجمل مبيع فقط ولا تطلق عليهما لفظة مثمن.

هذا ولما كان فهم المادتين (٢٥٢ و ٢٥٣) فهماً جيداً يقتضي معرفة الفرق بين الثمن والمبيع والتمييز بينهما فنرى أن نأتي هنا بالإيضاحات الآتية:

الأعيان على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: وهي الأعيان التي تكون دائماً أثماناً. وتلك هي عبارة عن الذهب والفضة.

ولا يكون الذهب والفضة إلّا ثمن سواء دخلت عليهما (الباء) وهي الأداة المختصة بالثمن أو لم تدخل وسواء كان مقابلهما في البيع ذهب وفضة مثلهما أو كان من غيرهما من سائر المثليات والقيميات. وعليه لا تتعين بتعيينها في العقد وإذا تلفت قبل التسليم لا ينفسخ البيع بتلفها.

القسم الثاني: وهو الأعيان التي تكون أبداً مبيعة. وهذه هي عبارة عن الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال ولا من العدديات المتفاوتة كالحيوانات والدور والأثواب وما إليها من الأموال القيمية وهذه الأموال سواء دخلت عليها (الباء) أداة الثمن واستعملت معها أو لم تدخل وسواء استبدلت بأموال من جنسها أو من جنس آخر فلا تتغير عن وضعيتها وتبقى مبيعاً أبداً لهذا فقد وجب أن تكون معينة ومعلومة في البيع لأجل صحته (أنظر المادتين ٢٠٠ و ٢٠٣).

القسم الثالث: وهو كل ما كان متراوحاً بين المبيع والثمن وذلك كالمكيلات، والموزونات، والعدديات، المتقاربة وغيرها من المثليات. وسيتضح لك ذلك بالتفصيلات الآتية:

١ - إذا تقابلت المكيلات والموزونات والعدديات وغير ذلك من المثليات أي كل ما كان غير النقد بأحد النقدين فهناك احتمالان:

الأول: هو كون تلك المثليات متعينة وعلى ذلك فتعد من المبيعات فلو قال البائع قد بعت حنطتي الموجودة في المحل الفلاني لك بكذا ديناراً وعقد البيع على هذه الصورة فالمثليات تكون مبيعاً متعيناً فيجب مراعاة شروط المبيع فيها.

الاحتمال الثاني - كون المثليات المذكورة غير مقترنة بحرف «الباء» أداة الثمن فيكون العقد عقد سلم والمثليات المذكورة (مسلم فيه).

وتجب فيه مراعاة شرائط السلم وذلك كما لو قال المشتري قد اشتريت كذا كيلة حنطة بكذا ديناراً فالحنطة المذكورة مبيع مسلم فيه. «رد المحتار».

٢ - متى تقابلت المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة «أي كل الأموال المثلية ما عدا النقدين» بعين وفي ذلك احتمالان أيضاً:

الإحتمال الأول - هو كون المثليات المذكورة متعينة فتكون بذلك ثمناً كما لو قال شخص لآخر بعتك هذا الحصان بصبرة هذه الحنطة أو بعتك صبرة هذه الحنطة بهذا الحصان فالحنطة تكون ثمناً والحصان مبيعاً. «رد المحتار».

الإحتمال الثاني - هو كون المثليات غير متعينة وعلى ذلك فتكون تلك المثليات مبيعاً ومسلماً فيه وذلك كما لو قال شخص لآخر قد اشتريت منك كذا كيلة من الحنطة بهذا الفرس. «رد المحتار».

٣ - أما إذا تقابلت المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة أي كل ما كان مثلياً من الأموال ما عدا النقدين بأمثالها أي بمال مثلي من نوعها فإذا كان المقابل «بالكسر» والمقابل «بالفتح» عيناً فيعد البدلان مبيعاً والبيع بيع مقايضة مثال ذلك لو قال شخص لآخر بعت هذه الخمسين كيلة حنطة بهذه العشرة قناطير أرز فالبدلان مبيعان والبيع بيع مقايضة.

﴿المادة ١٥٦﴾ التأجيل تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين

وهو لغة بمعنى التأخير وتحديد الأجل وشرعاً هو كما ورد في تعريف هذه المادة.

ويقال للزمن المضروب في التأجيل وللوقت المعين فيه «أجل» وللدين «مؤجل» ويقال للدين المؤجل عند حلول الأجل «الدين الحال» يفهم من ذلك كله أن التأجيل قد خصص أولاً: بالدين ثانياً: بالوقت المعين.

أما إذا أجلت العين التي تكون ثمناً أو مبيعاً أو كان الأجل غير معين ومجهولاً فالتأجيل حينئذ غير مشروع والبيع يكون فاسداً.

هذا والتأجيل لازم في غير القرض وليس للمؤجل الرجوع عن تأجيله.

ويحصل التأجيل (١) حين العقد وذلك كالبيع والاجار اللذين يعقدان على أن يؤدي بدلهما بعد سنة مثلاً.

(٢) بعد العقد وذلك كالبيع والاجارة اللذين يشترط فيهما تعجيل الثمن أو البدل حين العقد ثم يؤجلان لمدة سنة مثلاً «أنظر المادة (٢٤٨)».

هذا ويقابل تأجيل الدين حلول أجله. «رد المحتار».

﴿المادة ١٥٧﴾ التقسيط تأجيل أداء الدين مفرقاً الى أوقات متعددة معينة.

هذا التعريف هو تعريف التقسيط الشرعي وأما تعريفه اللغوي فهو تجزئة الشيء إلى أجزاء وذلك كتأجيل دين بخمسماية قرش إلى خمسة أسابيع على أن يدفع منه ماية قرش كل أسبوع.

فعلى ذلك يفهم بأن في كل تقسيط يوجد تأجيل وليس في كل تأجيل يوجد تقسيط. وأنه بناء على ذلك يوجد بين التأجيل والتقسيط عموم وخصوص مطلق والتقسيط هو المطلق الأخص منها.

﴿المادة ١٥٨﴾ الدين ما يثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر والمقدار المعين من الدراهم أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الافراز فكلها من قبيل الدين.

والدين يترتب في الذمة بعقد كالشراء والاجار والحوالة أو استهلاك مال أو استقراض.

والدين هو مال حكمي سواء كان نقداً أو مالاً مثلياً غير النقد كالمكيلات والموزونات (رد المحتار).

وليس بمال حقيقي لأن الدين لا يدخر وأن اعتبار الدين مالاً حكمياً إنما هو لأنه باقترانه بالقبض في الزمن الآتي سيكون قابلاً للادخار. أما الذمة فقد سبق تعريفها في المادة الثامنة.

هذا وان احكام الدين تختلف عن أحكام العين.

فالدين قابل للاسقاط بخلاف العين والعين تكون في بيع السلم ثمناً بعكس الدين فانه لا يكون كذلك.

والحاصل أن الدين يقسم إلى ثلاثة أقسام:

١ - هو الذي يتعلق بذمة المدين بوجه من الوجوه.
٢ - هو الذي وان لم يتعلق بالذمة فهو غير موجود ولا مشار إليه.

٣ - هو الذي وان كان موجوداً ومشار إليه فهو من المثليات غير المفرزة ككيلة واحدة من الحنطة غير مفرزة في صبرة حنطة.

يفهم من هذه التفصيلات كلها أن الدين غير مختص بالشيء الثابت بالذمة وعليه يكون المثال الوارد في المجلة اعم من الممثل.

أما القرض فإنما يطلق على المثلي الذي يدفعه المقرض للمستقرض.

يوجد بين الدين والقرض عموم وخصوص مطلق والقرض هو المطلق الأخص.

فلو اشترى شخص مالاً من آخر بعشرة دنانير مثلاً فكما أن المال يصبح ملكاً له تصبح العشرة دنانير في ذمته ملكاً للبائع وباعطاء المشتري العشرة دنانير للبائع يثبت في ذمة البائع للمشتري مثل العشرة دنانير هذه إلّا ان الدين المترتب بذمة المشتري باشتراء المبيع يكون باقياً لأن المشتري لم يؤد عين الدين الواجب عليه اداؤه بل إنما قضي مثله ولكن بما أن البائع إذا طالب المشتري بثمن المبيع يحق للمشتري ان يطالبه بالمبلغ الذي قضاه اياه فليس للبائع حينئذ أن يطالب المشتري إذ لا فائدة من المطالبة المتقابلة المتكررة (رد المحتار).

والحاصل بما أنه كما يثبت في ذمة المشتري من جهة البيع عشرة دنانير للبائع يثبت للمشتري في ذمة البائع عشرة دنانير أيضاً وهي التي اخذها البائع ثمناً للمبيع فيحصل بين هذين الدينين تقاص جبري فلا يحق لأحد المتبايعين مطالبة الآخر (اشباه)

هذا ويتفرع بناء على حصول اداء الدين بطريق التقاص المسألتان الآتيتان:

١ - إذا ابرأ الدائن المدين ابراء اسقاط بعد أن أوفاه المدين اياه فالابراء صحيح ويحق للمدين استرداد المبلغ الذي دفعه للدائن أما إذا ابرأه ابراء استيفاء فلا يحق له استرداد ما دفعه لأن ابراء الاستيفاء عبارة عن اقرار بقبض الحق واستيفائه (اشباه رد المحتار)

٢ - إذا اوفى المدين الدين الذي في مقابله رهن فتلف الرهن بيد المرتهن فبما أن الدين الذي في مقابل الرهن يسقط فيجب على الدائن اعادة ما استوفاه وفاء للدين.

﴿المادة ١٥٩﴾ العين هي الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين وكلها من الأعيان.

العين هي لفظ من أشهر الألفاظ المشتركة وأكثرها معان.

فمن معانيها المعنى الحقيقي كاستعمالها لحاسة البصر ومنها المجازي.

فتجيء العين بمعنى النفس والذات كما تجيء بمعنى الشيء الحاضر الموجود. ويراد بها هنا الشيء المقابل للدين (رد المحتار)

يفهم من المثال الوارد في هذه المادة إن لفظة العين كما يمكن أن تكون عقاراً يمكن أن تكون من الحيوانات، والمثليات المعينة، والمكيلات، والموزونات، والنقود، والعروض.

﴿المادة ١٦٠﴾ البائع هو من يبيع

هذا هو المعنى المشهور لهذه الكلمة وقد تطلق كما مر في أول الكتاب على المشتري أيضاً.

﴿المادة ١٦١﴾ المشتري هو من يشتري

وهذا المعنى أيضاً هو المشهور لكلمة مشتري وقد تطلق أيضاً على البائع كما مر في مقدمة الكتاب.

﴿المادة ١٦٢﴾ المتبايعان هما البائع والمشتري ويسميان عاقدين أيضاً

متبايعان مثنى متبايع وعاقدان مثنى عاقد وكلمة عاقدين أعم من متبايعين لأنها تشمل كل عاقدين لعقد سواء كان العقد عقد بيع او عقد اجارة أو هبة أو غير ذلك من العقود.

﴿المادة ١٦٣﴾ الاقالة رفع عقد البيع وازالته

تقع اقالة البيع بالفاظ مخصوصة كما قلت وقبلت وبما أشبه ذلك من الألفاظ. يخرج بقولنا بالفاظ مخصوصة فسخ العقود غير اللازمة كالبيع الموقوف، والبيع بشرط الخيار، والبيع الفاسد.

ومعنى الاقالة، هو رفع وازالة العقد أي فسخه سواء كان العقد بيعاً أو اجارة أو اي عقد من العقود الأخرى اللازمة.

وذكر الاقالة هنا لا يستدل منه بأنها مختصة بالبيع فهي كما تقع في البيع تقع أيضاً في غيره من العقود اللازمة. ولما كان جوهرها واحد وحقيقتها لا تتغير في العقود اللازمة جميعها فلم تذكر في غير هذا المكان من كتب المجلة.

﴿المادة ١٦٤﴾ التغرير توصيف المبيع للمشتري بغير صفته الحقيقية

تغرير، على وزن تفعيل وهو بمعنى الاخداع. ويقال للخادع غار وللمخدوع مغرور.

وذلك كأن يقول البائع للمشتري ان مالي يساوي كذا وهو لا يساوي ذلك فخذه أو يقول المشتري للبائع أن مالك لا يساوي أكثر من كذا، وهو يساوي أكثر من ذلك، فبعه لي به.

أما الغرور فهو أن يخدع الانسان نفسه بنفسه:

وذلك كما لو باع البائع ماله بانقص مما يساوي بدون تغرير من المشتري بقوله للبائع انه لا يساوي أكثر من كذا.

﴿المادة ١٦٥﴾ الغبن الفاحش غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة

وربع العشر في الدراهم بالنظر إلى قيم الأشياء الحقيقية أيضاً.

يعني: ان اعطاء العشرة بعشرة وربع أو أخذ العشرة وربع بعشرة في الدراهم واعطاء ما قيمته عشرة بعشرة ونصف أو أخذ ما قيمته العشرة ونصف بعشرة في العروض واعطاء ما قيمته عشرة بأحد عشر أو أخذ ما قيمته أحد عشر بعشرة في الحيوانات واعطاء ما قيمته عشرة باثني عشر وأخذ ما قيمته اثني عشر بعشرة في العقار يعد غبناً فاحشاً.

ووجه اختلاف مقدار الغبن باختلاف الأموال ناشئ عن مقدار التصرف بتلك الأموال فما كان التصرف بها كثيراً قل المقدار الذي يعد فيها غبناً فاحشاً وما كان التصرف بها قليلاً كثر فيه ذلك المقدار.

الغبن، منه الفاحش وذلك كما مر ومنه الغبن اليسير وهو الذي لا يبلغ القدر المذكور للغبن الفاحش كأن يعطي رجلاً آخر عشرة بعشرة وثمن أو يأخذ منه العشرة وثمن بعشرة في الدراهم أو يعطي العشرة بعشرة وربع أو يأخذ منه العشرة وربع بعشرة في العروض.

والعروض هنا أيضاً تشمل الموزونات والمكيلات كما قد مر معنا في شرح المادة «١٣١» ويوجد بين الغبن الفاحش والغبن اليسير فرق في الأحكام. فبيع مال اليتيم بالغبن اليسير صحيح وباطل بالغبن الفاحش. والغبن اليسير ولو اقترن بالتغرير فلا يكون مثبتاً لخيار الغبن والتغرير بخلاف الغبن الفاحش فإنه إذا اقترن بالتغرير فيجب فيه الخيار.

﴿المادة ١٦٦﴾ القديم هو الذي لا يوجد من يعرف أوله

فمنتهى الوقت الذي يعلمه الناس يعتبر حداً للقدم. وقد تستعمل كلمة القديم بمعنى الشيء الذي لم يسبق لوجوده عدم ولكن المصطلح عليه عند الفقهاء في هذه الكلمة هو المعنى الذي جاء في تعريف المجلة.

على أنه يجب اضافة كلمة «بالمشاهدة» على التعريف لأن كثيراً من الأشياء القديمة التي ترجع إلى عهد بعيد كمئتي سنة أو أكثر يعرف زمن وجودها بما ذكره التاريخ عنها.

وقد استعمل لفظ القديم بمعناه هذا في القواعد الكلية وفي كتاب الشركة وان لم يستعمل في كتاب البيوع.



الباب الأول

في بيان المسائل المتعلقة بعقد البيع وفيه أربعة فصول

الفصـل الأول

فيما يتعلق بركن البيع

﴿المادة ١٦٧﴾ البيع ينعقد بايجاب وقبول

ويجب أن يحصل القبول من الشخص الذي حصل الايجاب له وإلاّ فالقبول من شخص آخر غيره لا يكون معتبراً ومتى اقترن الايجاب بالقبول على الصورة المشروعة فلا يتوقف الانعقاد على اذن أحد الناس أو رضائه. إلا أنه يشترط لصحة القبول الشروط السبعة الآتية:

١ - موافقة القبول للايجاب.
٢ - وجود الموجب حين القبول في قيد الحياة.
٣ - ألا يكون الموجب قد رجع عن ايجابه قبل القبول
٤ - ألا يكون المخاطب قد رد الايجاب
٥ - أن يكون المتعاقدان قد سمعا ألفاظ الايجاب والقبول.
٦ - صدور كل من الايجاب والقبول من شخص غير الشخص الذي صدر منه الآخر
٧ - أن يكون العاقدان جادين في عقد البيع غير هازلين.

فالشرط الأول من هذه الشروط السبعة سيأتي بيانه في المادة «١٧٧» والمواد التي تليها

الشرط الثاني: هو أن يكون الموجب في قيد الحياة حين القبول ويكون أهلاً للبيع. فإذا توفي الموجب بعد الايجاب وقبل القبول فايجابه يصبح باطلاً ولا يصح قبول المخاطب بعد ذلك «هندية»

الشرط الثالث: سيأتي بيانه في المادة «١٨٤» وما يتلوها من المواد.

شرط الرجوع: لكن يشترط ليكون رجوع الموجب صحيحاً سماع الفريق الآخر اياه. فإذا وجب البائع البيع بقوله لآخر قد بعتك مالي الفلاني بكذا و قبل القبول رجع عن ايجابه هذا فاجابه الفريق الآخر ولم يسمع رجوعه قد قبلت فيعقد البيع «الهندية»

الشرط الرابع: إذا أوجب أحد المبايعين البيع فرد الثاني ايجابه بطل الايجاب فلو حصل القبول بعدئذ فلا ينعقد البيع «طحطاوي» «راجع المادة ٥١»

الشرط الخامس: يشترط في انعقاد البيع سماع البائع والمشتري ايجابها وقبولها فلو أوجب البائع البيع فقبل المشتري ولم يسمع البائع فلا ينعقد البيع ولكن إذا سمع الحاضرون قبول المشتري فادعاء البائع بعدم السماع غير مصدق ما لم يدع فقد السمع أو ضعفه «هندية».

الشرط السادس: لايصح قيام شخص بمفرده مقام العاقدين فيتولى طرفي العقد في وقت واحد أي أنه لا يجوز تولي شخص في عقد بيع واحد الإيجاب والقبول معاً لأن أحد المتبايعين متملك والثاني مملك ولا تجتمع الصفتان في وقت واحد وفي شيء واحد.

وعلى هذا فلا تكون البيوع الآتية صحيحة:

١- إذا وكل شخص آخر ببيع مال ووكل آخر الوكيل باشتراء المال فباعه من موكله الثاني فلا يكون العقد صحيحاً«مجمع الانهر».

٢- إذا وكل شخص آخر ببيع ماله لولده الصغير أو وكله بشراء مال ولده الصغير لنفسه والوكيل باع مال الرجل أو اشترى مال الصغير فلا يكون البيع جائزاً«خلاصة في بيع الاب والأم»

٣- إذا وكل اب ببيع مال ولده الصغير لابن صغير ثان له والوكيل فعل ذلك فالبيع غير جائز أما إذا وكل اب شخصاًفي بيع مال لابن له صغير ووكل آخر في شراء ذلك المال لولده الآخر الصغير فيكون البيع جائزاً. وذلك لوقوعه من شخصين«راجع المادة ١٤٤٩»

على أن لهذا الحكم مستثنيات يجوز فيهما صدور الإيجاب والقبول في البيع من شخص واحد ويتم العقد احياناً فيهما بالإيجاب فقط واليك اياهما.

١- لأبي الصغير أن يتولى طرفي عقد البيع لولده الصغير وأن يعقد له البيع بلفظ واحد «الانقروي» فقد اعتبر اللفظ الواحد من الاب مقام اللفظين بداعي الشفقة الأبوية. مثال: لو أراد أبو الصغير بيع ماله لولده الصغير فقال بعت مالي من ولدي الصغير فلان بكذا قرشاً ينعقد البيع بلا حاجة لقبول الاب أو قبول شخص آخر لهذا البيع. وكذلك إذا اراد أبو الصغير شراء ماله لنفسه فالحكم على هذا الوجه أيضاً.

على أن انعقاد البيع بلفظ واحد إنما يتم بانشاء العاقد البيع بالفاظ تفيد الأصالة عن نفسه كما رأيت في المثالين أما إذا انشأ العاقد البيع بالفاظ تدل على الولاية على الصغير فلا ينعقد البيع ولا بد حينئذ من القبول لانعقاد البيع. مثال: لو أراد أبو الصغير شراء مال الصغير لنفسه فاوجب البيع قائلاً قد بعت من نفسي هذا المال المملوك لولدي الصغير بكذا ديناراً فما لم يقبل البيع فلا ينعقد. لأن الاب بقوله«بعت» في هذه المسألة دليل على أنه أوجب البيع بصفته ولياً على ولده الصغير.

٢- لو أراد أبو الصغير بيع مال ولده هذا من ولد صغير آخر له. فله أن يتولى هنا أيضاً طرفي العقد «انقروي» «هندية».

مثال: لو قال الاب قد بعت هذا المال المملوك لولدي الصغير فلان من ولدي الصغير الأخر فلان بكذا فينعقد البيع.

ويقوم مقام الاب هذا بعد وفاته أبو الاب، والوصي، والقاضي «هندية»

ويمكن أن يكون شخص واحد في البيع رسولاً لكلا العاقدين «هندية»

الشرط السابع: راجع شرح المادة«٦٩»

هذا وبما أن البيع ينعقد بـالإيجاب والقبـول فما لم يـوجد في البيـع خيار المجلس فليس لأحـد الطرفين الرجوع عن البيع بعد الإيجاب والقبول بداعي أن البيع لم يربط بحجة أو سند، أو بحجة أن مجلس البيع لم يفض لأنه لو رجع أحدهما فيكون قد ابطل حق الملكية الثابت بالإيجاب والقبول أي أنه لو رجع البائع فيكون قد ابطل حق المشتري في ملكية البيع«بدائع».

فإذا قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بكذا وقال المشتري اشتريته فالبيع ينعقد ولا فائدة من رجوع البائع بعدئذ وقوله ندمت فلا أريد بيع مالي «راجع المادة ٣٧٥» «هندية».

أما عند الإمام الشافعي فللعاقدين خيار المجلس ما لم يتفرقا يعني أنه بعد البيع بالإيجاب والقبول يحق للبائع أو المشتري أن يفسخ البيع أو أن يجيزه حتى انفضاض المجلس وإذا امضى أحدهما البيع واسقط حقه في الخيار بقي الخيار للطرف الآخر.

أما إذا تفرق المتعاقدان بدنا أو اختارا لزوم العقد فلا خيار مجلس والتفرق من المجلس يعرف بالعرف لأن الخصوصات التي ليس لها في اللغة والشرع حد أو مقدار فيرجع بها إلى العرف وخيار المجلس يثبت للمتبايعين بدون أن يشترطاه أو أحدهما حتى أن المتبايعين لو اتفقا على أن لا يكون خيار مجلس فالبيع باطل «الباجوري».

والإمام الشافعي يستدل على ثبوت خيار المجلس بالحديث الشريف «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا».

أما الائمة الحنفية فيقولون ان الخيار المذكور في هذا الحديث يقصد به خيار رجوع القول يعني إذا قال البائع بعت فيحق للبائع قبل أن يقول المشتري قبلت أن يقول رجعت عن البيع كما أنه يحق للمشتري أن يقول لا أقبل البيع وكذلك إذا قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال فيحق له أن يقول رجعت قبل أن يقبل البائع بالبيع كما أنه يحق للبائع أن يقول لا أقبل فالخيار المقصود بالحديث هو هذا الخيار «بدائع».

أسباب الاختلاف: يوجد ثلاثة اوجه لاستعمال اسم الفاعل.

١- إذا كان معنى المصدر المشتق منه موجوداً في زمن استعمال اسم الفاعل فيكون قد استعمل اسم الفاعل في معناه الحقيقي كاستعمال كلمة «ضارب» فيمن يضرب في الحال وهذا متفق عليه في المذهبين.

٢- إذا كان ذلك المعنى غير موجود إلا أنه سيوجد في الآتي فاستعمال اسم الفاعل في ذلك مجازي كاستعمال كلمة«ضارب» فيمن لم يضرب وسيضرب وهذا أيضاً متفق عليه.

٣- أن يكون ذلك المعنى كان موجوداً في الماضي وانقضى في الحال فاستعمال اسم الفاعل فيه عند الحنفية مجاز وعند الشافعية حقيقة كاطلاق كلمة «ضارب» على من وقع منه الضرب وانقطع.

ولفظة المتبايعين الواردة في الحديث الشريف بما أنها قد استعملت فيمن وقع منهما البيع فالحنفية لم يثبتوا خيار المجلس وحملوا كلمة التفرق على التفرق بالأقوال وأما الشافعية فقد اثبتوا خيار المجلس وحملوا لفظة التفرق على التفرق بالابدان.

أما سبب وجوب القبول في البيع فهو أنه لا يمكن إنساناً أن يثبت ملكاً لآخر بدون قبوله ورضاه لأن اثبات الملك متوقف على الرضاء والقبول فهذه القاعدة يتفرع منها وجوب القبول بعد الإيجاب في عقود البيع والهبة إلا أنه يستثنى الميراث من هذه القاعدة. فمال المورث يدخل في ملك الوارث بدون رضا الوارث حتى لو صرح الوارث بعدم قبوله. إن الإيجاب والقبول إما أن يكون متراخياً أحدهما عن الآخر أي أن يكون الإيجاب أولاً والقبول ثانياً. ففي هذه الحالة لا شك أن البيع ينعقد. وإما أن يصدرا معاً في وقت واحد وفي هذه الصورة الثانية فعلى رأي بعض الفقهاء ينعقد البيع وعلى رأي غيره لا ينعقد«مجمع الانهر» الدر المنتقى» «البحر» ولم يرد في المجلة ما يترجح به أحد القولين صراحة إلا أن قول المجلة في المادة«١٠١» والمادة«١٠٢» ان الإيجاب هو أول كلام وان القبول هو ثاني كلام يشمل اختيارها القول الثاني.

يجب أن يكون القبول من الذي وجه إليه الإيجاب فلو اوجب شخص البيع لشخص فقبل البيع آخر كان موجوداً في مجلس البيع فالبيع لا ينعقد.

مثال ذلك: لو قال شخص لآخر بعتك هذا الحصان بمائة دينار فلم يجب ذلك الشخص بشيء إلا أن الشخص الآخر الجالس بجانب ذلك الشخص قال قبلت البيع فالبيع لا ينعقد لأن القبول وقع من شخص لم يوجه إليه الإيجاب. ولكن إذا قال شخص لآخر بعتك هذا المال وأمر الموجه إليه الإيجاب آخر موجوداً في مجلس العقد أن يقبل البيع فقبله ينظر ماذا قبل ذلك الشخص فإن كان قبل البيع بالفاظ قبول الرسول للبيع فالبيع ينعقد وأما إذا قبل بالفاظ قبول الوكيل للبيع فالبيع لا ينعقد. والبيع ينعقد بالإيجاب والقبول بدون أن يتوقف الانعقاد على إذن أحد لأن الإنسان له حق التصرف في ملكه كيفما يشاء ولا يحتاج في تصرفه لإذن آخر «أنظر المادة ١١٩٢» وعلى هذا فكما يحق للإنسان أن يبيع داره وامواله المنقولة لشخص آخر بدون إذن فكذلك يحق له أن يبيع اشجاره المغروسة في أرض وقف مربوطة بمقاطعة أو ابنيته المنشأة على أرض موقوفة بدون

إذن متولي الوقف. إلا أنه قد صدرت ارادة سنية بتاريخ ١٧ ايلول سنة ١٣١٨ تمنع من سماع دعوى البيع والشراء في الأملاك غير المنقولة إذا حصل البيع بسندات عادية ولم يربط بسندات الدفتر الخاقاني أي سندات الطابو.

﴿المادة ١٦٨﴾ الايجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لانشاء البيع في عرف البلد والقوم.

الفاظ البيع هي بعت واشتريت وقبلت ورضيت وقولك كلْ هذا الطعام على أن يكون لي عندك خمسة قروش وهذا الشيء فداء لك أو املكك هذا الشيء إلى غير ذلك من الالفاظ والعبارات التي تستعمل لانشاء البيع في عرف البلدان وعادات الأمم.

مثال ذلك: إذا قال شخص لآخر بعني هذا المال بكذا فقال له الثاني بعته منك فقبل الأول بقوله اشتريته منك أو اشتريت ينعقد البيع ما لم يكونا هازلين.

كذلك لو قال شخص لآخر بعتك هذه الدار بمائة دينار فأجابه الثاني بقوله قبلت ينعقد البيع بلفظة قبلت وكذلك إذا قال البائع للمشتري في مجلس إذا دفعت لي ألف قرش في حصاني هذا ابيعه فدفع المشتري له ذلك المبلغ في نفس المجلس ينعقد البيع بينهما«رد المحتار».

وقد ينعقد البيع بالتعليق على فعل القلب «الرغبة» كقول شخص لآخر إذا رغبت في اشتراء هذا الشيء فقد بعته منك بخمسين قرشاً فيجيبه الآخر نعم انه يوافقني أو احببته أو رغبت فيه أو أريده فينعقد البيع. وينعقد البيع بلفظ «الرد» كقول شخص لآخر قد رددت لك هذا الحصان بخمسين ديناراً فيجيبه الثاني بقوله قبلت. وكذلك يصير إيجاب البيع بلفظ ادخلتك أو اشركتك.

وينعقد البيع بلفظة (القصر) كأن يقول رجل لشريكه قصرت عليك حقي في هذا الحصان بألف قرش فيجيبه الشريك بقوله قبلت. وينعقد البيع بقول البائع «ادفع النقود فهو لك وهو فداء لك «هندية».

وينعقد البيع بلفظ «السلم» و«الهبة» كأن يقول شخص لآخر قد وهبتك مالي هذا بخمسين درهماً فإن أجابه الآخر بقوله قبلت انعقد البيع. وينعقد البيع بكلمتي «اعطيت وملكت» كما سيجيء في المادة «١٦٩».

وينعقد البيع أيضاً بقول أحد المتابعين ويشمل الثاني كقول شخص لآخر بعتك هذا المال بألف قرش وبقبض المشتري للمال بدون أن يقول شيئاً. وينعقد هذا البيع على أنه بيع قولي لا بيع تعاط لأن بيع التعاطي لا يتضمن إيجاباً بل يتضمن قبضاً بعد معرفة الثمن «رد المحتار».

كذلك لو قال رجل لثان كل لي كيلة حنطة بعشرين قرشاً فكل له الثاني صامتاً ينعقد البيع وكذلك إذا قال رجل لآخر في مجلس قد اشتريت منك هذا المقدار من الحنطة بخمسين قرشاً

واطلب إليك أن تتصدق به وتصدق الثاني بذلك المقدار في ذلك المجلس فالبيع ينعقد لأن تصدق البائع يدل على القبول ولو تصدق البائع بالحنطة بعد انفضاض المجلس لا ينعقد البيع بينهما لأن الاعراض مبطل للإيجاب أنظر المادة «١٨٣» ولا ينعقد البيع بعد ذلك بالقبول.

كذلك إذا قال شخص لآخر قد بعتك هذا القماش بخمسين قرشاً وخاط الثاني من ذلك القماش ثوباً ينعقد البيع بين الاثنين «هندية».

ويفهم من لفظ «إنشاءالبيع» أن البيع لا ينعقد باقرار الطرفين به فلو أقر رجلان ببيع لم يكن واقعاً بينهما قبلاً لا ينعقد البيع بهذا الإقرار لأن الإقرار اخبار وليس بإنشاء كما يتبين في شرح المادة «١٥٧٢» وعلى هذا لو قال شخص لآخر كنت بعتك هذا المال بكذا قرشاً فاجابه الثاني أنا لم اشتر منك ذلك المال فسكت الأول ولم يقر انكار الثاني. ثم أقر ذلك الشخص المنكر في مجلس آخر باشتراء ذلك المال يثبت الشراء لأن حق البيع عائد للمتابعين فاما الإقرار بعد الانكار بما يكون فيه حق لشخص واحد كالهبة، والصدقة فغير معتبر. ولا ينعقد البيع بالألفاظ التي لا تدل على التمليك كقول شخص لآخر بعني هذا المال بكذا قرشاً فيجيبه بقوله انني ارغب في ذلك فلا ينعقد البيع «طحطاوي».

ولا ينعقد البيع أيضاً بلفظ الاقالة كقول شخص لآخر قد اقلتك مالي هذا بكذا قرشاً فلا ينعقد البيع بينهما ولو اجابه الآخر بقوله قبلت «هندية».

يفهم من جملة «الإيجاب بالقبول في البيع عبارة عن كل لفظين إلخ» أن البيع لا ينعقد بالاشارة فلو قال رجل لآخر هل تبيعني مالك هذا بكذا قرشاً فأشار له الثاني برأسه اشارة قبول لا ينعقد البيع لأن تحريك القادر على النطق رأسه غير معتبر إلا إذا اتبع الإشارة باللفظ في المجلس فينعقد.

جاء في المجلة أن الألفاظ التي تستعمل في إنشاء البيع أكثر ما تكون بصيغة الماضي وأنه لا حاجة إلى النية فيما يقع به البيع من هذه الألفاظ لأن النية لا يظهر أثرها ولا يحتاج إليها إلا في الألفاظ المحتملة (أنظر المادة الثانية) وقد بينا فيما مضى أن استعمال صيغة الماضي في البيع يكون إنشاء (أنظر المادة ١٠١).

ويفهم من المثالين الأخيرين الواردين في هذه المادة أن الإيجاب إذا كان لفظياً فليس بضروري أن يعاد في القبول جميعه كما إذا قال شخص لآخر بعتك هذا المال بمائة قرش فأجابه الثاني بقوله أخذته منك أو قال الأول أخذت منك هذا بمائة قرش فأجابه الثاني بقوله بعت فالبيع ينعقد ولا حاجة لأن يقول الآخر في المثال الأول في قبوله ولا أن يقول الآخر في المثال الثاني اشتريته منك.

الجد، شرط في البيع فلا ينعقد بيع الهزل إذ لا رضاء في عقد يبنى على الهزل والهزل لغة اللعب واصطلاحاً قصد شيء بلفظ لم يوضع له ولا يصلح للتجوز فيه.

وعلى هذا إذا قصد بالمبايعة الهزل وجب التصريح بذلك أثناء العقد إذ لا تغني دلالة الحال عن ذلك وحدها. فعلى الهازل في بيعه أن يقول للمشتري إني بعتك هذا المال هازلاً.

وإذا تواطأ متبايعان على أن العقد الذي سيجريانه بحضور الشهود يراد به الهزل فالتواطؤ الذي تقدم العقد بمنزلة التصريح بقصد الهزل أثناء العقد ويكون هذا البيع بيع هزل فإذا اختلف المتبايعان في البيع هل هو هزل أو جد فالقول لمدعي الجد مع يمينه فإذا وجدت قرينة تدل على قصد الهزل في البيع كأن يباع الشيء بنقص فاحش جداً فالقول إذ ذاك لمدعي الهزل أما إذا ادعى الهزل مشتر بعد أن دفع ثمن المبيع أو بعضه فدعواه غير مسموعة.

﴿المادة ١٦٩﴾ «الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبعت واشتريت وأي لفظ من هذين ذكر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول فلو قال البائع بعت ثم قال المشتري اشتريت أو قال المشتري أولا اشتريت ثم قال البائع بعت انعقد البيع ويكون لفظ بعت في الأول إيجاباً واشتريت قبولاً وفي الثانية بالعكس وينعقد البيع أيضاً بكل لفظ ينبئ عن إنشاء التمليك والتملك كقول البائع أعطيت أو ملكت وقول المشتري أخذت أو تملكت أو رضيت أو أمثال ذلك».

قد تقدم في شرح المواد السابقة ما فيه الغنية عن التطويل والتكرار بشرح هذه المادة فليراجع في مواطنه.

﴿المادة ١٧٠﴾ ينعقد البيع بصيغة المضارع أيضاً إذا أريد بها الحال كما في عرف بعض البلاد كأبيع وأشتري وإذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد.

في البيع بصيغة المضارع ثلاثة احتمالات:

الأول: إن ما يراد منه إيجاب البيع في الحال فالبيع ينعقد «مجمع الأنهر»

مثال ذلك: إذا قال البائع للمشتري أبيعك هذا المال بمئة قرش وأجابه المشتري اشتريه وكان قصد البائع والمشتري من قولهما الحال فالبيع ينعقد وكذلك إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا المال فأجابه المشتري بقوله أشتريه وقصد الحال فالبيع ينعقد.

الاحتمال الثاني: أن يقصد الاستقبال فلا ينعقد البيع.

الثالث: أن يخلو عن قصد الحال والاستقبال فلا ينعقد البيع أيضاً «رد المحتار».

مستثنى هذه القاعدة

إذا كانت صيغة المضارع تستعمل في عرف بلد للحال وغير محتملة لإرادة الاستقبال كما هو

الحال عند أهل خوارزم فالبيع ينعقد بلا نية وقد سبق في المادة ٢ البحث في سبب احتياج التابع بصيغة المضارع إلى النية. وكذلك الحال في المضارع إذا اقترن بما يعنيه للحال فالبيع به ينعقد بلا نية مثال ذلك: إذا قال البائع أبيع الآن فالبيع ينعقد.

﴿المادة ١٧١﴾ صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وأشتري لا ينعقد بها البيع.

صيغة الاستقبال في اللغة العربية هي المضارع المقترن بالسين أو سوف كأن يقال سأبيعك أو سوف أبيعك وإنما لا ينعقد البيع بها لأنها وعد مجرد وفي معنى المساومة في البيع كما أنه لا ينعقد البيع بصيغة الاستفهام كما إذا قال المشتري للبائع هل تبيعني هذا بمائة قرش فأجابه «بعت» نعم إذا قال المشتري ثالثا «قبلت» فالبيع ينعقد لأن الإيجاب والقبول حصلا بكلمتي «بعت وقبلت» الدالتين على الإنشاء «هندية».

﴿المادة ١٧٢﴾ لا ينعقد البيع بصيغة الأمر أيضاً كبع واشتر إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فحينئذ ينعقد بها البيع فلو قال المشتري بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال البائع بعتك لا ينعقد البيع أما لو قال البائع للمشتري خذ المال بكذا من الدراهم وقال المشتري أخذته أو قال المشتري أخذت هذا الشيء بكذا قرشاً وقال البائع خذه أو قال اللّه يبارك لك وأمثاله انعقد البيع فإن قوله خذه والله يبارك ههنا بمعنى ها أنا ذا بعت فخذ (راجع شرح المادة الثانية)

يعني أن إرادة معنى الحال من صيغة الأمر غير ممكن فلذلك لا ينعقد البيع «أشباه، ونهر»

إلا أنه ينعقد البيع بصيغة الأمر الدالة على الحال دلالة اقتضاء وذلك الدلالة عند الأصوليين أربعة أنواع:

١ - دلالة منطوق النص
٢ - دلالة مفهوم النص.
٣ - دلالة إشارة النص.
٤ - دلالة باقتضاء النص.

ولا شأن لنا في الثلاثة الأولى إذ لا تعلق لها بهذه المادة فنكتفي بإيضاح الدلالة الرابعة التي تتعلق بهذه المادة دون غيرها.

فدلالة الاقتضاء هذه الا يصح اللفظ شرعاً إلا بتقدير لازم له يترتب عليه المتقدم الذي يحتاج إليه ولولا التقدير لكان لغواً يصار عنه كلام العاقل ما أمكن كأن يقال لرجل مثلاً اعتق عبدك مني بخمسين ديناراً فالإعتاق المذكور موقوف على الملكية والملكية لا تصح إلا بالبيع الذي لم يذكر «فتقدير البيع لازم لتصحيح قوله (اعتق عبدك)» الخ .

فالبيع هنا «مقتضى» كما أن الأمر بالإعتاق (مقتضى) أيضاً ويكون تقدير الكلام في هذا المثال قد اشتريت عبدك بخمسين ديناراً واني أوكلك بعتقه. فالبيع الذي لم يذكر هنا قد أصبح بطريق الاقتضاء مذكوراً وقد ثبت البيع قبل الإعتاق (حموي).

وكذلك لو قال البائع للمشتري بعت عبدي هذا بألف وأجابه المشتري بقوله فهو حر فقد ثبت اقتضاء لفظة «اشتريت» وأصبح معنى ذلك قد اشتريته فهو حر.

والحاصل ان أصل الكلام هنا (مقتضى) وطلب هذا الكلام الزيادة يعني طلبه البيع (اقتضاء) وتلك الزيادة (مقتضى) والشيء الذي ثبت بتلك الزيادة ثبت (بحكم الإقتضاء).

وبيان المثال الأخير من هذه المادة وهو (إذا قال البائع للمشتري خذ هذا المال وأجابه المشتري أخذت أو قال المشتري أخذت وأجابه البائع خذه) إن صيغة (خذ) هنا تقتضي وجود البيع قبل اللفظ المذكور فأصبحت دالة على الحال بطريق الاقتضاء إذ يكون المعنى بعتك فخذه فينعقد البيع بها ولا يحق للبائع أو المشتري الرجوع عن البيع في هذه الصورة أما عدم انعقاد البيع بصيغة الأمر فهو في حالة عدم وجود القبول ثالثاً كما تقدم أما إذا وجد القبول ثالثاً فالبيع ينعقد. مثال ذلك: إذا قال المشتري للبائع بعني هذا المال بكذا درهماً فأجابه البائع بعته ثم عاد المشتري وقال اشتريته أو أخذته أو إذا قال البائع للمشتري اشتر مني هذا المال بمبلغ كذا فأجابه المشتري بقوله اشتريت ثم خاطبه البائع بقوله بعت فالبيع ينعقد (هندية) «راجع شرح المادة ١٧٠»

﴿المادة ١٧٣﴾ كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً

يجري حكم هذه المادة في جميع العقود كالإجارة، والهبة وغيرها فكما أنه يجوز الإيجاب والقبول في تلك العقود لفظاً وشفاهاً فكذلك يجوز فيها أيضاً مكاتبة وكما أنه يجوز الإيجاب والقبول مكاتبة من الطرفين كذلك يجوز بكتاب من طرف واحد ثالثاً: برسالة من الطرفين رابعاً: برسالة من طرف واحد ولفظ من الطرف الآخر إلا أنه يجب أن يكون الكتاب معنوناً ومرسوماً كما أنه يجب أن يقبل الإيجاب من المخاطب في المجلس الذي يصل فيه إليه الكتاب. يعني يعتبر المجلس في هذه المسألة بلوغ الكتاب أداء الرسالة. مثال: إذا كتب شخص كتاباً لآخر غائب يتضمن بيعه لمال معين من ماله لذلك الشخص وأرسل ذلك الكتاب له وبعد أن وصل الكتاب لذلك الشخص وقرأه ووقف على مآله كتب أيضاً كتاباً إلى ذلك البائع معنوناً ومرسوماً يتضمن قبوله ذلك البيع فالبيع يكون قد انعقد بإيجاب وقبول كتابي وكذلك لو كتب شخص كتاباً إلى شخص غائب يتضمن بيعه

مالا معيناً وأرسل الكتاب إليه وعند وصول الكتاب للشخص الآخر وبعد أن قرأه واطلع على مآله قال قبلت البيع فالبيع يكون قد انعقد بإيجاب كتابي وقبول شفهي.

وكذلك إذا قال شخص لآخر أني بعت مالي هذا من فلان الغائب بكذا درهماً إذهب واعلمه فذهب ذلك الرسول أو ذهب شخص آخر فضولاً وأخبر ذلك الشخص بذلك وقبل ذلك الشخص البيع في ذلك المجلس فالبيع ينعقد بطريق الرسالة من طرف وبطريق القبول الشفهي من الطرف الآخر «هندية».

وانعقاد البيع ولو باخبار شخص غير الرسول بسبب أن الموجب بقوله للرسول أخبر فلاناً. يكون قد أظهر الرضاء بالتبليغ عن نفسه فالتبليغ الذي جرى من أي شخص كان هو برضاء الموجب أما الإيجاب في غياب الطرف الآخر بغير المكاتبة والمراسلة فهو باطل ولا يتوقف على قبول الغائب فقط مثال ذلك: لو قال شخص قد بعت مالي الفلاني من فلان الغائب فالإيجاب باطل حتى لو سمع هذا الإيجاب شخص وأخبر به الطرف الآخر بلا أمر من الموجب أي بدون رسالة والشخص الآخر قبل البيع عندما بلغه ذلك فالبيع لا ينعقد. كذلك لو كتب شخص إلى آخر كتاباً لآخر وسأله هل تبيعني مالك بكذا وأجابه الآخر قد بعته فلا ينعقد البيع «بزازية» لأن الإيجاب لا يصح بصيغة الاستفهام كذلك لو كتب شخص إلى آخر بعني مالك بكذا ديناراً فأجابه ذلك الشخص بكتاب أني بعته منك فلا ينعقد البيع بل يحتاج انعقاد البيع إلى قبول. ثالثاً لأن الإيجاب لا يصح بصيغة الأمر «أنظر المادة ١٧٢» ويبطل الإيجاب الواقع كتابة ورسالة إذا رجع الكاتب أو المرسل عن إيجابه قبل قبول المكتوب إليه والمرسل إليه «هندية». والقبول الذي يقع بعد رجوع الموجب على هذه الصورة يكون لاغياً. «أنظر المادة ١٧٤»

أما إذا عزل الرسول فلا ينعزل قبل أن يبلغه علم عزله فعلى هذا يوجد فرق بين عزل الرسول وبين الرجوع عن الإيجاب مثال ذلك: لو أوجب البائع البيع وأمر رسولاً أن يبلغه المشتري ثم رجع الموجب عن البيع بدون أن يعلم الرسول حتى أدى الرسالة فقبل المرسل إليه البيع فالبيع لا ينعقد لأن الطرف الآخر قبل البيع بعد رجوع الموجب عن إيجابه وبعد بطلان الإيجاب أما إذا لم يرجع الموجب عن الإيجاب إلا أنه عزل الرسول ولم يعلم الرسول خبر عزله حتى أدى الرسالة فقبل المرسل اليه فالبيع ينعقد لأن الرسول قد بلغ الرسالة قبل إن يعلم بعزله فالرسالة صحيحة وقد تم البيع بقبول الطرف الآخر للبيع.

﴿المادة ١٧٤﴾ ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس

ينعقد البيع بإشارة الأخرس المعروفة سواء كان الأخرس عالماً بالكتابة أو جاهلاً بها. فلا يسقط العمل بإشارة الأخرس إذا كان عالماً بالكتابة ولا يشترط انضمام اشارته إلى كتابته.

وكما ينعقد البيع بإشارته المعهودة ينعقد بها سائر العقود الأخرى كالإجارة والهبة والرهن

والنكاح والطلاق «أشباه» ولكن يشترط أن تكون الإشارة الصادرة من الأخرس معروفة فإذا كانت غير معروفة فلا ينعقد البيع كفاية أنظر المادة ٧٠ أما إشارة غير الأخرس فلا ينعقد البيع بها فلذلك قيدت الإشارة بالأخرس «أنظر المادة ١٦٨».

﴿المادة ١٧٥﴾ بما أن المقصد الأصلي من الإيجاب والقبول هو تراضي الطرفين ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي ويسمى هذا بيع التعاطي مثال ذلك أن يعطي المشتري للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز مقداراً من الخبز بدون تلفظ بإيجاب وقبول أو أن يعطي المشتري الثمن للبائع ويأخذ السلعة ويسكت البائع وكذا لو جاء رجل إلى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير وقال بكم تبيع المد من هذه الحنطة فقال بدينار فسكت المشتري ثم طلب منه الحنطة فقال البائع أعطيك إياها غداً ينعقد البيع أيضاً وإن لم يجر بينهما الإيجاب والقبول وفي هذه الصورة لو ارتفع سعر الحنطة في الغد إلى دينار ونصف يجبر البائع على إعطاء الحنطة بسعر المد بدينار وكذا بالعكس لو رخصت الحنطة وتدنت قيمتها فالمشتري مجبر على قبولها بالثمن الأول وكذا لو قال المشتري للقصاب اقطع لي بخمسة قروش لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة فقطع القصاب اللحم ووزنه واعطاه إياه انعقد البيع وليس للمشتري الامتناع من قبوله وأخذه. أي أن المقصد في البيع تراضي الطرفين إلّا أن تراضي الطرفين بما أنه من الأمور الباطنة فقد أقيم مقامه الإيجاب والقبول لأنهما يدلان عليه «أنظر المادة ٦٨».

وكما أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول اللفظيين لدلالتها على التراضي فكذلك ينعقد البيع بالمبادلة الفعلية التي تدل عليه أيضاً. وكما ينعقد البيع بالتعاطي في الأموال الخسيسة ينعقد بالتعاطي في الأموال النفسية «الشلبي على الزيلعي». لأن جواز العقد ليس مستنده صورة اللفظ بل مستنده التراضي ولذلك لا ينعقد البيع إذا لم يتراض المتعاقدان لفظياً.

يشترط في بيع التعاطي ألّا يكون الإيجاب والقبول لفظيين فإذا كان كذلك فالبيع لا يكون بيع تعاط بل يكون قولياً فإذا حصل الإيجاب والقبول لفظاً من المتعاقدين دون أن يجري التلفظ بكلمة دفع الثمن وقبض المبيع فالبيع ينعقد ولكن لا يعد هذا البيع بيع تعاط. وبيع التعاطي ينعقد أما بالدفع من الجانبين وأما بتسليم المبيع وأما بتسليم الثمن أي أنه ينعقد بيع التعاطي بتسليم البائع المبيع للمشتري وتسليم المشتري الثمن للبائع. وكذلك ينعقد بتسليم المشتري الثمن للبائع على وجه الشراء أو تسليم البائع المبيع للمشتري بدون قبض الثمن «هندية» و«رد المحتار».

وإعطاء المشتري الثمن في المثال الوارد في متن المجلة هو رضاء صراحة وإعطاء البائع للمبيع هو رضاء دلالة. أما إذا لم يسكت البائع وصرح بعدم الرضاء فالبيع لا ينعقد فبناء عليه إذا دفع المشتري النقود للبائع وحينما اخذ البطيخة قال له البائع أتركها فلا يبقى حكم لبيع التعاطي ولا يجوز أن يحمل كلام البائع هذا على أنه يقصد به بيان بيعه المال بالرخص وأنه يريد بقوله هذا إدخال السرور على المشتري لا عدم الرضاء بالبيع.

كذلك إذا رد شخص لآخر مالاً بخيار الغبن وكان البائع عالماً بأن المال الذي باعه من المشتري هو غير هذا المال الذي رده إليه فإذا أخذه ورضي به فالبيع يكون بيع تعاط «أبو السعود». كذلك إذا طلب شخص من المشتري أن يأخذ بالشفعة ما اشتراه وكان ذلك الطلب لا حق له في الشفعة وسلمه المشتري ذلك المبيع برضاه أي بلا حكم الحاكم فبالتعاطي ينعقد البيع.

إن في المثال الأخير الوارد في متن المجلة خمس مسائل: (١) ـ إن البيع ينعقد بالتعاطي. (٢) - ان بيع التعاطي ينعقد في الأموال الخسيسة والنفيسة. (٣) - ان البيع ينعقد بالإعطاء من جانب واحد (٤) - بإعطاء المبيع وبإعطاء الثمن. (٥) - ينعقد بيع التعاطي ولو تأخرت معرفة المبيع مثل أن يدفع المشتري الثمن أولاً ثم بعد ذلك تحصل معرفة المبيع. كذلك الوكيل بالشراء إذا أنكر الوكالة بعد شرائه المال ثم سلمه بعد ذلك لموكله فتسلمه الموكل فالبيع ينعقد بين الوكيل والموكل ويكون بيع تعاط ولا يحق للوكيل أن يقول للموكل اثبت وكالتك وإلّا فأنني أسترد المال. كذلك إذا سأل المشتري البائع بكم تبيع كيلة هذه الحنطة فأجابه البائع بعشرين قرشاً مثلاً فقال له المشتري كل لي كيلة فكال له البائع ذلك وسلمه له أو وضعه بأمر البائع في كيس له فالبيع ينعقد.

يفهم من عبارة المبادلة الفعلية أنه لا يتم بيع التعاطي إذا لم تحصل المبادلة الفعلية فعلاً مثال ذلك: لو رأى شخص حطاباً يحمل على حماره حطباً فقال له كم ثمن حمل الحمار فقال الحطاب عشرة قروش فقال له المشتري سق الحمار إلى بيتي فلا يتم البيع بهذا القول ما لم يسلم حمل الحمار إلى البيت ويدفع المشتري الثمن إلى البائع لأن سوق البائع حماره نحو بيت المشتري ليس فيه تسليم الثمن أو المبيع ولا يتم بيع التعاطي إلّا بالتسليم.

يشترط في بيع التعاطي (١) أن يسمى الثمن وأن يكون المبيع موجوداً ومعلوماً «أنظر المادة ١٩٧ و٢٣٧» إلّا أن الأشياء التي تكون أسعارها معلومة كالخبز مثلاً لا يجب تسمية الثمن فيها (٢) يشترط في انعقاد هذا البيع ألّا يكون التعاطي مبنياً على بيع فاسد أو باطل وقع قبلاً. فإذا بني التعاطي على بيع فاسد أو باطل فلا ينعقد ما لم يحصل متاركة أي فسخ أو إقالة البيع السابق (بزازية) و(الدر المختار) مثال ذلك: إذا باع شخص سمكة تسبح في البحر من شخص بعشرة قروش مثلاً والمشتري قبل بذلك فاصطاد البائع تلك السمكة بعد الإيجاب والقبول اللفظيين اللذين وقعا بينهما وبناء على ذلك سلم البائع السمكة للمشتري والمشتري سلمه العشرة القروش فالبيع لا ينعقد بهذا التعاطي ويحق للمشتري أن يسترد الثمن من البائع. أما إذا تفرغ الطرفان عن البيع

الباطل والفاسد بوجه المتاركة ثم تبايعا بالتعاطي فإن البيع ينعقد حينئذ. وليس جواز العقد بالتعاطي قاصراً على البيع بل يجري في الإقالة والإجارة أيضاً.

﴿المادة ١٧٦﴾ إذا تكرر عقد البيع بتبديل الثمن أو تزييده أو تنقيصه يعتبر لعقد الثاني فلو تبايع رجلان مالاً معلوماً بمائة قرش ثم بعد انعقاد البيع تبايعا ذلك المال بدينار أو بمائة وعشرة أو بتسعين قرشاً يعتبر العقد الثاني.

القاعدة الأصلية أن العقد إذا جدد وأعيد فالثاني باطل. فالبيع بعد البيع، والصلح بعد الصلح والنكاح بعد النكاح، والحوالة بعد الحوالة كل ذلك باطل إلّا أن بعض صور البيع والإجارة خارج عن هذه القاعدة كما يجيء في هذه المادة فإذا عقد البيع أولاً ثم عقد ثانياً على مثل ثمن الأول جنساً ووصفاً وقدراً فالعقد الثاني غير معتبر ويبقى العقد الأول على حاله لأنه لا يوجد فائدة في العقد الثاني. وشرط صحة العقد أن تترتب عليه فائدة (أنظر المادة ٢٠٠). مثال ذلك: لو بيع مال بعشرة دنانير ثم عقد بيع ذلك المال من البائع لنفس المشتري بعشرة دنانير فالبيع الثاني غير معتبر ولا يطرأ خلل على العقد الأول بذلك العقد الثاني (هندية). كذلك لو باع مالاً من آخر بعشرة ريالات ثم دفع للبائع عن المشتري ريالين منها إبراء إسقاط ثم عاد البائع والمشتري فعقدا البيع ثانيةً على ذلك المال بعشرة ريالات فلا ينفسخ العقد الأول.

أما إذا كان العقد الثاني يتضمن تبديل الثمن أو زيادته أو نقصه فالعقد الثاني صحيح لمكان الفائدة منه، وينفسخ العقد الأول. وإذا شرط الطرفان أن يكون الثمن معجلاً ثم تعاقدا على أن يكون مؤجلاً أو إذا اتفقا في العقد الأول أن يكون الثمن مؤجلاً وفي الثاني أن يكون معجلاً انفسخ العقد الأول وصار الثاني معتبراً. وكذلك إذا باع شخص من آخر مالاً بيعاً صحيحاً ثم باعه منه ثانية بيعاً فاسداً ينفسخ الأول (مشتمل الأحكام انقروي).

إن الصورة الأولى الواردة في مثال المجلة هي تبديل وزيادة للثمن، وفي الصورة الثانية كذلك، وفي الصورة الثالثة تبديل وتنزيل للثمن، وفي الصورة الرابعة زيادة للثمن فقط، وفي الصورة الخامسة تنزيل له.

والحاصل أن العقد الثاني هو المعتبر والمشتري يكون مجبراً على دفع الثمن الذي يسمى في العقد الثاني فلذلك إذا ادعى البائع أنني بعت هذه الدار من هذا الشخص في شهر رمضان سنة كذا بألف قرش وادعى المشتري انني اشتريتها في شهر شوال بخمسمائة قرش وأقام كل منهما البينة على ما ادعى يحمل ذلك على أنه قد تجدد العقد بينهما على تنزيل الثمن ويحكم في الثمن بالبيع الثاني (انقروي) ويعتبر أن شهود الطرفين صادقون فيما شهدوا به.

الفصل الثـاني

في بيان لزوم موافقة القبول للإيجاب

﴿المادة ١٧٧﴾ إذا اوجب أحد العاقدين بيع شيء بشيء يلزم لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب وليس له تبعيض الثمن أو المثمن وتفريقهما فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الثـوب بمائـة قرش مثـلاً فإذا قبـل المشتري البيع على الوجه المشروح أخذ الثوب جميعه بمائة قرش وليس له أن يقبل جميعه أو نصفه بخمسين قرشاً وكذا لو قال له بعتك هذين الفرسين بثلاثة آلاف قرش وقبل المشتري، يأخذ الفرسين بالثلاثة آلاف وليس له أن يأخذ أحدهما بألف وخمسمائة

يشترط في انعقاد البيع أن يكون القبول موافقاً للإيجاب في خمسة أشياء:
أولاً: في مقدار الثمن
ثانياً: في جنسه
ثالثاً: في المثمن
رابعاً: في صفة الثمن
خامساً: في شرط الخيار.

لئلا تتفرق صفقة البيع. ويفهم من المثال الوارد في المجلة أنه ليس لأحد العاقدين تبعيض الثمن المثمن أو كليهما أو تغيرهما أو تبديلهما سواء أكان المبيع واحداً أم متعدداً فإذا فرق في ذلك فالبيع لا ينعقد لأن المشتري وإن كان مقتدراً على تفريق صفقة البيع فالبائع يتضرر من ذلك لأن من عادة التجار أن يضموا المال الجيد إلى المال الدون ويبيعوهما معاً بقصد ترويج المال الدون فلو كان المشتري يحق له تفريق صفقة البيع لاختار المال الجيد لنفسه وترك الدون للبائع فيتضرر البائع من ذلك إذ يخرج المال الجيد من يده ويبقى له الدون. وكذلك إذا كان المبيع شيئاً واحداً وكان يحق للمشتري تفريق الصفقة فإن المبيع سيكتسب صفة المال المشترك فالبائع أيضاً يتضرر من ذلك. وكذلك البائع إذا كان مقتدراً على تفريق صفقة البيع فالمشتري يتضرر من ذلك لأن المبيع إما أن يكون واحداً ففي هذه الحالة يتضرر المشتري بضرر الشركة وإما أن يكون المبيع متعدداً ففي هذه

الحالة قد تكون رغبة المشتري بالنسبة إلى غرض الاشتراء في زيادة المبيع المتعدد عن المبيع غير المتعدد فإذا كان قادراً على تفريق صفقة البيع فإن ذلك يوجب أن يبقي بعض المبيع وينشأ عن ذلك ضرر المشتري وكذلك إذا قال المشتري للبائع قد اشتريت هذين الحصانين منك بثلاثة الاف قرش فإذا باعه البائع الحصانين على ذلك الوجه يكون قد باعهما بثلاثة الآف قرش ولا يحق له أن يبيع أحدهما بخمسماية قرش أو بألفي قرش كذلك إذا قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بخمسين قرشاً وقال المشتري قد اشتريته بلا ثمن فالبيع لا ينعقد.

إن موافقة القبول للإيجاب في صفة الثمن والشرط الخيار تتضح فيما يأتي:

إذا كان القبول مخالفاً للإيجاب في صفة الثمن وشرط الخيار فالبيع لا ينعقد ما لم يقبل الطرف الآخر ذلك في مجلس البيع. مثال ذلك: إذا قال البائع للمشتري قد بعتك هذا المال بألف قرش فأجابه المشتري قد اشتريته منك بألف قرش مؤجلة إلى سنة أو قد اشتريته بخيار الشرط فإذا لم يرض البائع بذلك في مجلس العقد فالبيع لا ينعقد (أبو السعود).

أما إذا رضي البائع صار الإيجاب الأول باطلاً والقبول الثاني إيجاباً ورضا البائع الثالث قبولاً وينعقد البيع على هذا الوجه. إن عدم جواز التبعيض في الثمن وفي المثمن هو فيما إذا لم يعد الإيجاب والقبول أما إذا أعيد صار البيع صحيحاً باعتباره بيعاً جديداً ويبطل الإيجاب الأول مثال ذلك: إذ أوجب البيع أحد العاقدين والعاقد الثاني قبل البيع بتبعيض الثمن وتفريق صفقة البيع فإذا قبل الموجب ثالثاً يعني (الذي أوجب البيع أولاً من المتعاقدين) ينظر فيما إذا كان في قبول الثاني وجدت تسمية الثمن إذا كان المبيع مثلياً أو قيمياً أو كان المبيع واحداً أو متعدداً فالبيع ينعقد على كل وجه بالرضاء الذي يقع ثالثاً ويكون هذا البيع بيعاً جديداً ويبطل الإيجاب الأول. مثال ذلك إذا قال شخص لآخر قد بعتك هذين الحصانين بألفي قرش وأجابه الآخر ثانياً قد اشتريت هذا الحصان الأشقر منهما بأربعمائة قرش فأجابه البائع ثالثاً بعته منك أو ما شابه ذلك من ألفاظ الرضاء فيبطل الإيجاب الذي قيل أولاً ويصبح القول الذي قيل ثانياً إيجاباً ثم يكون الرضاء الذي قيل ثالثاً قبولاً وينعقد البيع على الحصان الأشقر بأربعمائة «هندية».

أما إذا لم يسم الثمن في قبول القابل فإذا كان الثمن منقسماً على المبيع بالأجزاء يعني أن يكون المبيع مثلياً من جنس واحد أو شيئاً واحداً من القيمي فبالرضاء الواقع ينعقد البيع في ذلك بحصته من الثمن المسمى لأن الثمن إذا كان منقسماً على المبيع بالأجزاء يصبح لكل جزء من المبيع حصة من الثمن معلومة ولا يحصل ضرر من الانقسام على هذا الوجه «رد المحتار». مثال ذلك: لو قال شخص لآخر قد بعتك هذه الخمسين كيلة حنطة بخمسمائة قرش فقال الآخر ثانياً قد اشتريت خمساً وعشرين كيلة فإذا قبل البائع ذلك فالبيع ينعقد في الخمس والعشرين بثمن مائتين وخمسين قرشاً وهو حصة الخمس والعشرين من الثمن المسمى كذلك إذا قال شخص لآخر أولاً قد بعتك حصاني هذا بألف قرش وأجابه الآخر ثانياً قد اشتريت نصفه فأجابه ذلك البائع ثالثاً بكلام يفيد الرضاء فالبيع ينعقد في نصف الحصان بثمن خمسمائة قرش لأن الثمن في هذين المثالين ينقسم على المبيع

بالأجزاء أما إذا كان الثمن غير منقسم على المبيع بالأجزاء وكان المبيع قيمياً ومتعدداً أو كان في المبيع مثليان ولكن من جنسين مختلفين فإذا لم يسم الثمن في قبول القابل فبالرضاء الثالث لا ينعقد البيع لأن البيع في ذلك يكون بالحصة ابتداء وهذا غير جائز لأن ذلك يجعل حصة المبيع من الثمن مجهولة وقد جاء في «رد المحتار»: «صورة البيع في الحصة ابتداء كما إذا قال بعت هذا الحيوان بحصة من الألف الموزع على قيمته وعلى قيمة ذلك الحيوان الآخر فإنه باطل لجهالة الثمن وقت البيع، وخرج بالابتداء ما إذا عرض البيع بالحصة بأن باع الدار بتمامها فاستحق بعضها ورضي المشتري بالباقي فإنه يصح بعروض البيع بالحصة انتهاء».

وقد اتضح مما تقدم أن انقسام الثمن على المبيع بالأجزاء يكون على صورتين أن يكون المبيع قيمياً واحداً وأن يكون مثلياً من جنس واحد.

وكذلك يكون عدم انقسام الثمن على المبيع بالأجزاء على صورتين ان يكون المبيع متعدداً قيمياً وأن يكون المبيع مثلياً من أجناس متعددة كبيع عشر كيلات حنطة وعشر كيلات شعير معاً بخمسة دنانير. فعليه إذا قال شخص لآخر أولاً قد بعتك حصاني هذا الأشقر وحصاني هذا الأدهم بألفي قرش وقال الآخر ثانياً قد قبلت هذا الحصان الأدهم فقط وأجابه البائع ثالثاً أن قد قبلت فالبيع لا ينعقد لأن حصة الحصان الأدهم من الثمن المسمى قد أصبحت مجهولة وجهالة الثمن توجب فساد البيع «أنظر المادتين ٣٨٥ و٣٦٤».

لا يقال ان حصة الحصان الأدهم من الثمن خمسمائة قرش لأن المبيع إثنان والثمن ألف قرش. لأن من المحتمل أن تكون قيمة الحصان الأدهم سبعمائة قرش وقيمة الحصان الأشقر ثلاثمائة قرش إلّا أنه في الشفعة قد جوز تفريق الصفقة لأجل الضرورة مثال ذلك: ان يشتري شخص من آخر داراً وحصاناً صفقة واحدة والثمن المسمى يقسم على الدار والحصان والشفيع يأخذ العقار بحصة من الثمن وهذا التقسيم يحل بقاعدة التناسب من علم الحساب مثال ذلك إذا كان مجموع قيمة ذلك العقار والحصان خمسة آلاف قرش إلا أن البيع وقع على ثمن ألفين وخمسمائة قرش ووجد أن قيمة الدار الحقيقية ثلاثة آلاف قرش وبما أن مجموع الثمن هو نصف مجموع القيمة فالشفيع يأخذ العقار بحصته من الثمن أي بنصف الثلاثة الآلاف التي هي قيمته الحقيقية. وكذلك إذا بيع عقار متعدد صفقة واحدة والشفيع شفع ببعض العقار فقط يأخذ الشفيع العقار المشفوع به بحصته من الثمن «أنظر المادة ١٠٤١». فتجويز تفريق الصفقة في الشفعة هو لضرورة حفظ حق الشفيع وبما أن الضرورة تتقدر بقدرها فلا تجوز هذه المعاملة في غير الشفعة لعدم وجود الضرورة.

﴿المادة ١٧٨﴾ تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا المال بألف قرش وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة قرش انعقد البيع على الألف الا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس يلزم على المشتري حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال

المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش فقال البائع بعته منك بثمانمائة قرش ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف.

موافقة القبول للإيجاب ضمناً تكون كما إذا كان الموجب البائع وسمى الثمن فقبل المشتري المبيع بثمن أزيد من الثمن المسمى أو كان الموجب المشتري فقبل البائع بثمن أنقص من الثمن المسمى والحاصل أن الموافقة الضمنية تكون فيما إذا دلت عبارة القبول على قبول الإيجاب ضمناً لأن الألف القرش التي سميت ثمناً في الإيجاب في مثال المتن تدخل ضمناً في الألف والخمس المائة التي وردت في القبول في هذا المثال وبذلك تكون موافقة القبول للإيجاب ضمناً.

واذا كان القابل للبيع المشتري وزاد في الثمن المسمى توقف لزوم هذه الزيادة على قبول البائع في المجلس.

فإذا قبل البائع هذه الزيادة وجب على المشتري دفعها كما هو مصرح به في مثال المتن (أنظر المادة ١٥٥). أما إذا صرح البائع بعدم قبوله للزيادة كأن يقول لا أقبل مثلاً أو صمت في المجلس فان قبوله لهذه الزيادة بعد ذلك في مجلس آخر لا يعتد به وليس على المشتري أن يدفعها وينعقد البيع على الثمن المسمى في الإيجاب وهو الألف القرش في المثال الوارد ههنا.

وتكون الموافقة الضمنية مع الزيادة سواء أكانت من جنس الثمن المسمى أم من غير جنسه. مثال الأول ما تقدم ومثال الثاني: لو قال البائع بعت منك هذا المال بمائة ريال فقال المشتري اشتريته بمائة ريال وخمسة دنانير فالموافقة الضمنية ههنا حاصلة وإن كانت الزيادة من غير جنس الثمن المسمى. وإذا باين الثمن الوارد في عبارة القبول الثمن الوارد في عبارة الإيجاب لم تحصل الموافقة الضمنية وبطل البيع كما إذا قال البائع بعت هذا المال بمائة ريال فقال المشتري قبلته بمائة دينار فالموافقة الضمنية لم تتحقق في هذا المثال لأن المائة الدينار الواردة في عبارة القبول مغايرة للمائة الريال الواردة في عبارة الإيجاب وإذا كان القابل للبيع هو البائع وحط من الثمن المسمى فلا يلزم المشتري دفع ما حطه البائع ويصبح المشتري مالكاً للمبيع بالثمن الذي سماه البائع في قبوله مثال ذلك: أن يقول المشتري قد اشتريت منك هذا المال بمائة ريال وخمسة دنانير فيجيبه البائع بقوله قد بعته منك بمائة ريال ففي مثل هذه الصورة ينعقد البيع على المائة الريال التي وردت في قبول البائع أما إذا قال المشتري اشتريت هذا المال بخمسة دنانير فقال البائع بعته منك بخمسة ريالات فان البيع لا ينعقد للمباينة كما تقدم «أنظر شرح المادة ١٧٧». وهبة كل الثمن قبل القبول مبطلة للإيجاب «رد المحتار». مثال ذلك: إذا قال البائع للمشتري بعت منك مالي هذا بخمسين قرشاً وقال له أيضاً قبل أن يجيبه وهبتك خمسين قرشاً فالإيجاب باطل في هذا المثال لأن البائع أعقب بيعه بالهبة قبل أن يقبل المشتري ولا ينعقد البيع بقبول المشتري بعد ذلك لأن البيع المذكور قد اختل ركنه كالبيع الذي ينفى فيه الثمن «أنظر المادة ٣٦٢».

﴿المادة ١٧٩﴾ إذا أوجب أحد المتبايعين في أشياء متعددة بصفقة واحدة سواء

عين لكل منها ثمناً على حدة أم لا فللآخر أن يقبل ويأخذ جميع المبيع بكل الثمن وليس له أن يقبل ويأخذ ما شاء منها بالثمن الذي عين له بتفريق الصفقة مثلاً لو قال البائع بعت هذه الأثواب الثلاثة كل واحد بمائة قرش وقال المشتري قبلت أحدهما بمائة قرش أو كليهما بمائتي قرش لا ينعقد البيع».

إذا كان الإيجاب واحداً لا يتعدد بتفصيل الثمن عند الإمام استحساناً «أنظر المادة ١٧٧». وكما أنه لا يجوز تفريق صفقة البيع فلا يجوز تفريق صفقة القبض. فليس للمشتري أن يدفع بعض الثمن ويطلب تسليم بعض المبيع كما أن البائع إذا ابرأ المشتري من بعض الثمن أو أجل له الثمن فليس له قبض ما يصيب ذلك الثمن من المبيع. أما عند الصاحبين فيتعدد البيع بتفصيل الثمن وهو القياس لأن جهة التعدد راجحة فيه بيد أن واضعي المجلة اختاروا قول الإمام الأعظم.

وقد مثلت المجلة في هذه المادة لوقوع الإيجاب من البائع والقبول من المشتري ونحن نمثل لوقوع الإيجاب من المشتري والقبول من البائع وذلك أن يقول المشتري قد اشتريت هذين الحصانين بثلاثة آلاف قرش فهذا بألف وهذا بألفين فللبائع أن يبيعهما بثلاثة آلاف قرش وليس له أن يبيع أحدهما بما سمي له من الثمن وكذلك لو قال المشتري: قد اشتريت هذه الثلاثة أثواب كل ثوب بمائة فقال له البائع بعتك احدها بمائة أو اثنين منها بمائتين فالبيع لا ينعقد.

والحاصل أن في البيع ثلاثة أشياء العاقد والعقد والثمن فيتحد العقد باتحاد الآخرين والمعنى في ذلك أن يكون كل من المتبايعين واحداً والثمن ذكر جملة فصفقة البيع تعتبر متحدة قياساً واستحساناً «أنظر المادة ١٧٧» ولا خلاف في ذلك بين المجتهدين. ويتعدد العقد بتعدد الآخرين قياساً واستحساناً ولا خلاف في ذلك أيضاً وإذا كان الإيجاب واحداً فالعقد متحد فلا يستطيع الذي يقبل الإيجاب المتحد أن يفرق البيع. ولذلك ثماني صور. الأولى أن يكون البائع واحداً والمشتري واحداً. الثانية أن يكون البائع متعدداً والمشتري واحداً. والثالثة أن يكون البائع واحداً والمشتري متعدداً. والرابع أن يكون البائع متعدداً والمشتري متعدداً وكل من هذه الصور الأربعة تنقسم إلى قسمين أحدهما أن يفصل ثمن المبيع والثاني ألا يفصل فتكون الصور ثمانياً وقد أوردنا فيما تقدم أمثلة للصورة الأولى ونورد الآن أمثلة ما بقي. فمثال الصورة الثانية أن يقول زيد وعمرو لرجل بعناك مالنا هذا بألف قرش فيقول الرجل قبلت بحصة زيد فقط فالبيع لا ينعقد. ومثال الثالثة أن يقول رجل لاثنين بعت مالي هذا منكما بألف قرش فاذا قبل أحدهما البيع ولم يقبل الآخر فالبيع لا ينعقد ومثال الرابعة قال زيد وعمرو لبكر وعثمان قد بعناكما هذين الحصانين بألفي قرش فقبل أحدهما البيع ولم يقبل الثاني فالبيع لا ينعقد. ومن هذه الأمثلة الأربعة للصور الأربعة تستخرج أمثلة لأربعة الباقية.

﴿المادة ١٨٠﴾ لو ذكر أحد المتبايعين أشياء متعددة وبين لكل واحد ثمناً على حدته وجعل لكل على الانفراد إيجاباً وقبل الآخر بعضها بالثمن المسمى له

انعقد البيع فيما قبله فقط. مثلاً لو ذكر البائع أشياء متعددة وبين لكل منها ثمناً معيناً على حدة وكرر لفظ الإيجاب لكل واحد منها على الانفراد كأن يقول بعت هذا بألف وبعت هذا بألفين فالمشتري حينئذ له أن يقبل ويأخذ أيهما شاء بالثمن الذي عين له».

إذا كرر أحد المتبايعين الإيجاب وفصل ثمن المبيع فقد اتفق الفقهاء على تعدد البيع لأن تكرير الإيجاب مع تفصيل الثمن دليل على رضا الموجب بالتفريق «أنظر المادة ٦٨» مثال ذلك أن يشير البائع إلى أربعة حصن ويقول بعت هذه الحصن الأربعة بألفي قرش فهذان الأدهمان بألف ومائتي قرش وهذان الأشقران بثمانمائة فيقول المشتري أشتريت هذين الأدهمين بألف قرش ومائتين فالبيع ينعقد على هذين الحصانين اللذين حصل القبول فيهما بالثمن المعين في الإيجاب وهو الألف القرش والمائتان. أما إذا قال المشتري اشتريت أحد هذين الأدهمين بستمائة قرش مشيراً إليه فالبيع لا ينعقد لأنه لا تفصيل في ثمن هذين الحصانين.

وكذلك إذا تعدد الإيجاب من المشتري فالحكم فيه على ما تبين. والخلاصة أنه إذا كرر أحد المتبايعين الإيجاب وسمى لكل مبيع ثمناً على حدة فللآخر قبول البيع في أي شاء من المبيع بالثمن الذي سمي له في الإيجاب. ولذلك أربع صور الأولى أن يكون البائع واحداً والمشتري واحداً والثانية أن يكون البائع متعدداً والمشتري واحداً والثالثة أن يكون البائع واحداً والمشتري متعدداً والرابعة أن يكون البائع متعدداً والمشتري متعدداً ولا يذكر هنا تفصيل الثمن ولا عدمه كما ذكرنا في المادة السابقة لأن موضوع المسألة تفصيل الثمن وقد ذكرنا مثال الصورة الأولى في المتن والشرح. ومثال الصورة الثانية أن يقول زيد وعمرو لبكر بعناك هذين البغلين بألف قرش هذا بستمائة وهذا بأربعمائة قرش فلبكر أن يقبل أيهما شاء بالثمن المسمى له. ومثال الثالثة أن يقول زيد لعمرو وبكر بعتكما هذين البغلين بألف قرش هذا بستمائة قرش وهذا بأربعمائة فلعمرو وبكر أن يقبلا أحد البغلين بحصته من الثمن المسمى. ومثال الرابعة أن يقول زيد وعمرو لبكر وعثمان قد بعنا كما هذين البغلين بألف قرش هذا بسبعمائة وهذا بثلاثمائة فلبكر وعثمان أن يقبلا ما شاءا من البغلين بثمنه المعين له «رد المحتار» و«هندية».

الفصـل الثالث

في حق مجلس البيع

﴿المادة ١٨١﴾ مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع

بعد أن يوجب أحد المتبايعين في مجلس فالآخر في هذا المجلس مخير بين قبول البيع على ما في المادة ١٧٧ ورده وهذا يسمى خيار القبول ويثبت هذا الخيار قبل انعقاد البيع أما سائر الخيارات فتثبت بعد انعقاد البيع.

وإنما ثبت خيار القبول لأنه لو لم يثبت للزم أحد المتبايعين البيع بمجرد صدور الإيجاب من الآخر ودخول البيع في ملكه بغير رضاه واختياره وليس ذلك من حق موجب البيع «زيلعي».

ويرد على هذه المادة أن المجلس اسم مكان بمعنى مكان استقرار الناس أما الاجتماع فهو وصف المتبايعين فحمل لفظ «اجتماع» على المجلس غير جائز وغير صحيح والجواب من وجهين الأول: ان الكلام على حذف مضاف تقديره «محل الاجتماع» على حد قوله تعالى (واسأل القرية) أي أهل القرية الثاني – انا لا نسلم أن المجلس اسم مكان بل هو مصدر ميمي فيكون معنى مجلس البيع «الجلوس لأجل البيع».

والخيار لا ينتقل إلى الوارث فلو قال شخص لآخر بعتك هذا المال بخمسين قرشاً فتوفي الآخر قبل القبول، فقبل وارثه الذي لا وارث له سواه في المجلس فلا ينعقد البيع.

إذا كان المتبايعان متباعدين لكنهما بحيث يرى أحدهما الآخر فتباعدهما لا ينافي اتحاد المجلس ولا يمنع انعقاد البيع «بزازية» ما لم يكن التباعد يؤدي إلى التباس واشتباه في كلامهما أي في الإيجاب والقبول اللذين يقعان بينهما «مجمع الأنهر».

﴿المادة ١٨٢﴾ المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس مثلاً لو أوجب أحد المتبايعين البيع في مجلس البيع بأن قال بعت هذا المال أو اشتريت ولم يقل الآخر على الفور اشتريت أو بعت بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ينعقد البيع وإن طالت تلك المدة.

خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس وقد جعل المتن الخيار للمتبايعين مع أن الخيار-لأحدهما والمخير منهما هو القابل فإذا أوجب البائع البيع كان الخيار للمشتري لأنه صاحب القبول وإذا أوجب

المشتري البيع صار البائع مخيراً لأنه القابل فلو قال المتن (القابل) مكان قوله (المتبايعان) لكان أبين وأوضح .

ولقائل أن يقول: كما أن القابل مخير فالموجب مخير أيضاً فإن شاء بقي على ايجابه وان شاء رجع عنه فنقول في الجواب أن هذا المعنى وإن كان صحيحاً في نفس الأمر إلا أن قول المتن «إلى آخر المجلس» ومثاله لا يساعدان على ذلك فضلاً عن أنه يكون تكراراً للمادة ١٨٤ .

ويعلم مما تقدم أن الإيجاب لا يبطل بتراخي القبول في المجلس وان كان التراخي طويلاً سواء أكان الإيجاب خطاباً أم كتابة «الدرر» «أنظر المادة ٧٣» أما إذا وقع في المجلس من أحد العاقدين بعض الأمور المذكورة في المادة التالية كصدور قول أو فعل يدل على الاعراض أو افتراق العاقدين فقد بطل خيار المجلس لأن الإيجاب يبطل بالاعراض والتفرق.

وإنما قلنا أن خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس مهما طال لأن الإنسان مضطر إلى التفكير والتروي في أموره فجعل خيار المجلس ممتداً إلى آخره لذلك تيسيراً وبما أن المجلس جامع للمتفرقات فقد عدت ساعاته ساعة واحدة دفعاً للحرج ولو جعل خيار القبول لا يمتد إلى آخر المجلس وكان فوراً للزم الحرج والحرج مدفوع بالنص حيث قال تعالى «وما جعل عليكم في الدين من حرج» وقال «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» وقال عليه الصلاة والسلام «يسروا ولا تعسروا» «الزيلعي» .

إذا أوجب أحد المتبايعين البيع وكان الآخر قائماً فجلس وقبل البيع فالبيع ينعقد يعني أن قعود القابل بعد الإيجاب لا يمنع صحة القبول وكذلك إذا أوجب أحد المتبايعين البيع وكان في يد الآخر كاس ماء أو لقمة خبز فشرب الماء أو أكل اللقمة ثم قبل البيع فالبيع ينعقد.

أما إذا انفض المجلس كاشتغال أحد المتبايعين بأكل الطعام ثم قبوله بالإيجاب يبطل ولا يبقى محل للقبول لتبدل المجلس ولو نام أحد المتبايعين قاعداً بعد الإيجاب ثم افاق من نومه فقبل الآخر فالبيع ينعقد أما إذا نام مضطجعاً فيعتبر المجلس منفضاً ولا ينعقد البيع بقبول الآخر بعد افاقته ولو قال البائع في مجلس بعت مالي هذا من فلان الغائب عن المجلس ثم حضر ذلك الغائب قبل انفضاض المجلس وقبل البيع فالبيع ينعقد «هندية».

وعند الشافعي يجب أن يكون القبول فوراً ولا يجوز أن يمتد إلى آخر المجلس ولقول الشافعي بخيار المجلس فلا يرى في ذلك حرجاً ولا مشقة.

ويستثنى مما قلنا فيه بامتداد خيار القبول إلى آخر المجلس أن يكون التبايع بين اثنين سائرين اثناء سيرهما ماشيين فإن القبول والحالة هذه يجب أن يتصل بالإيجاب كما سيتضح في محله.

يشترط في البيع اتحاد المجلس أي حصول الإيجاب والقبول في مجلس واحد وعلى هذا إن اختلف مجلس البيع فالبيع لا ينعقد «هندية».

واتحاد المجلس يكون بعدم الاشتغال في المجلس بشيء غير سبب العقد وهذا الشرط من شروط انعقاد البيع المتعلقة بالمكان والاعراض يكون أما بالقول وأما بالفعل فالقيام من المجلس لمصلحة كأكل الطعام أو شرب الماء أو النوم مضطجعاً من الأفعال التي تدل على الاعراض فإذا فعل أحد المتعاقدين شيئاً من ذلك بطل وان كان مكان الاجتماع متحداً لتفرق مجلس العقد ولا ينعقد البيع بالقبول بعد ذلك لأن امتداد خيار القبول إلى آخر المجلس ولا يعتبر المجلس متحداً مع حدوث ما يدل على الاعراض.

كالأكل والشرب والنوم والمشي وما اشبه ذلك من الأفعال أما اتمام الصلاة الفريضة أو النفل فلا يوجب اختلاف المجلس كما أن شرب الماء من الكأس التي كانت في يده أو ازدراد اللقمة لا ينافيان اتحاد المجلس «رد المحتار».

ويبطل الإيجاب بأمور عديدة منها:

١- صدور قول أو فعل يبطل الإيجاب وهو الذي يبحث عنه في هذه المادة.
٢- الرجوع عن الإيجاب وسيأتي ذكره في المادة ١٨٥.
٣- تكرار الإيجاب وسيأتي ذكره في المادة ١٨٥.
٤- وفاة الموجب وقد مر ذكره.
٥- تغيير المبيع وسيجيء ذكره في المادة ١٨٤.
٦- هبة البائع للمشتري جميع ثمن المبيع بعد إيجاب البيع وقبل القبول «أنظر المادة ١٧٧» مثال ذلك: إذا قال البائع للمشتري بعتك مالي بكذا وكانا جالسين فقام أحدهما بطل الإيجاب ولو لم يمش لأن القيام دليل على الرجوع والاعراض كما يبطل أيضاً في سائر العقود «زيلعي» و«رد المحتار».

وكذلك إذا تبايع شخصان وكان أحدهما داخل الدار والآخر خارجها وبعد أن أوجب أحدهما البيع خرج الآخر من الدار وقال قبلت فالإيجاب باطل والبيع لا ينعقد. وكذلك إذا كان المتبايعان راجلين أو راكبين سواء كانا على دابة أو كان أحدهما راكباً والآخر راجلاً وعقدا البيع اثناء سيرهما بنظر فإذا كان القبول متصلاً بالإيجاب فالبيع ينعقد وإذا حصل القبول بعد الإيجاب بمدة ولو وجيزة أو فصل بين الإيجاب والقبول فالبيع لا ينعقد لأن المجلس قد تغير. وكذلك إذا كان المتبايعان قائمين وبعد أن أوجب احدهما البيع مشياً أو مشى أحدهما وقبل الآخر البيع فالبيع لا ينعقد «هندية».

وإذا كان المتبايعان في سفينة أو قطار فكما لو كانا في غرفة وبعبارة أخرى إذا صدر القبول من أحدهما متراخياً عن الإيجاب فالبيع ينعقد. وسير السفينة والقطار لا يمنع من انعقاد البيع لأنه ليس في استطاعة المتابعين ايقاف السفينة أو القطار. ويرد على هذه المادة أنه ينبغي أن ينعقد البيع بقبول أحد المتابعين للإيجاب ولو حصل القبول بعد صدور فعل منه يدل على الاعراض لأن الاعراض

يفهم من ذلك الفعل بطريق الدلالة وقبول البيع قول صريح والقاعدة الأصولية أن لا اعتبار للدلالة مع التصريح والجواب أن تقديم التصريح على الدلالة إنما يكون عند التعارض ولم يسبق الحكم بالدلالة فأما هنا فإن الحكم بالدلالة سابق فالتصريح الذي يرد بعدئذ يكون لغواً فلا يفيد اجازة المفسوخ «أنظر المادة ١٣».

﴿المادة ١٨٤﴾ لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع مثلاً لو قال البائع بعت هذا المتاع بكذا وقبل أن يقول المشتري قبلت رجع البائع ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع.

لموجب البيع ان يرجع عن البيع قبل قبول الآخر وليس في ذلك ابطال لحق الغير لأن الايجاب بغير القبول لا يفيد حكماً «الدرر»و (الزيلعي) غير أن صحة الرجوع عن الإيجاب الذي يقع مواجهة تتوقف على سماع الطرف الآخر للرجوع(أنظر شرح المادة ١٦٧) فإذا قبل الآخر دون أن يسمع رجوع الموجب فالقبول معتبر والبيع ينعقد ولا حكم لهذا الرجوع. وإن رجع الموجب عن إيجابه بعد قبول الآخر فرجوعه لغو والبيع باق على الإنعقاد «أنظر المادة ١٢٧و ٣٧٥».

ومما يبطل به الإيجاب أن يرده الطرف الآخر فلو قبل بعد ذلك فالبيع لا ينعقد كما سبق بيانه. في شرح المادة ١٦٧.

ومن ذلك أن يتغير المبيع قبل القبول «طحطاوي» فإذا قال البائع للمشتري بعتك هذا الدقيق فقبل المشتري البيع بعد أن تحول الدقيق خبزاً فالبيع لا ينعقد.

فأما الإيجاب الذي يقع كتابة أو رسالة فلا يشترط في صحة الرجوع عنه علم الطرف الآخر بهذا الرجوع «أنظر شرح المادة ١٧٣».

﴿المادة ١٨٥﴾ تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني فلو قال البائع للمشتري بعتك هذا الشيء بمائة قرش ثم بعد هذا الإيجاب قبل أن يقول المشتري قبلت رجع فقال بعتك اياه بمائة وعشرين قرشاً وقبل المشتري يلغى الإيجاب الأول وينعقد البيع على مائة وعشرين قرشاً».

لأن الإيجاب الثاني رجوع عن الأول وللموجب أن يرجع عن إيجابه قبل القبول كما تقدم في المادة السابقة ولا يشترط أن يذكر الموجب في إيجابه الثاني رجوعه عن الإيجاب الأول فإذا قبل الطرف الآخر البيع على الإيجاب الأول فالبيع لا ينعقد. مثلاً لو قال البائع للمشتري بعتك بغلي هذا بألف قرش وقبل أن يقول المشتري قبلت قال البائع بعتكه بألف وخمسمائة قرش فأجابه المشتري قبلته بألف قرش فالبيع لا ينعقد «أنظر المادة ١٧٧».

ولو قال البائع للمشتري بعتك هذا البغل بألف قرش وقبل أن يقبل المشتري قال بعتكه بألف وخمسمائة فقال المشتري قبلت فالبيع ينعقد على الألف وخمسمائة ولو قال البائع بعتك هذا المال بمائة قرش ثم قبل أن يقبل المشتري قال بعتكه بمائة وعشرين قرشاً فقال المشتري اشتريته بمائتي وعشرين قرشاً فالبيع ينعقد على مائة وعشرين قرشاً ويكون المشتري قد زاد في الثمن مائة. وللبائع أن يقبل هذه الزيادة أو أن يردها أنظر المادة (١٧٨). هذا والفرق ظاهر بين حكم هذه المادة وحكم المادة «١٧٦» لأن «المادة١٧٦» تبحث في تكرار العقد وهذه المادة تبحث في تكرار الإيجاب والفرق بين المبحثين ظاهر ويزداد ظهوراً بمطالعة المادتين «١٠١و١٠٣» «رد المحتار» وخلاصة القول في الفرق بينهما أن العقد اسم لمجموع الإيجاب والقبول فالإيجاب جزء من العقد وليس هو العقد.

﴿المادة ١٨٦﴾ البيع بشرط يقتضيه العقد صحيح والشرط معتبر مثلاً لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن فهذا الشرط لا يضر في البيع بل هو بيان لمقتضى العقد.

الشروط التي هي مقتضيات العقد هي التي يوجبها العقد ولو لم تذكر في اثنائه وهذه الشروط لا تفيد شيئاً زائداً عن العقد بل هي مؤكدة لما يوجبه ولذلك لا تقع المنازعة بين المتعاقدين بإمثال هذه الشروط وهي ستة:

١- حبس البائع المبيع حتى يقبض الثمن.
٢- تسليم المبيع للمشتري وتسليم الثمن للبائع.
٣- امتلاك المشتري المبيع.
٤- طرح زنة الإناء من مجموع زنته وزنة المبيع إذا كان من المائعات.
٥- قطف الثمر من الشجر كونه على المشتري في بيع الثمر
٦- حط شيء من ثمن المبيع.

وعلى هذا لو باع شخص من آخر مائعاً كالزيت أو السمن أو الخل أو العسل في اناء وشرط المشتري تنزيل ما يقابل وزن الاناء فالشرط معتبر ويجب تنزيل وزن الاناء من المبيع.

وإذا ادعى المشتري أن زنة الاناء ثلاثة ارطال وأنه ينبغي طرح ذلك من زنة المبيع أو ادعى أن هذا الاناء هو الاناء الذي اشترى فيه المبيع وانكر البائع ذلك فالقول قول المشتري مع يمينه لأن الخلاف في الصورة الأولى في الثمن والمشتري منكر الزيادة فالقول قوله وفي الثانية المشتري قابض والقول للقابض ومن القواعد الفقهية أن القول للقابض سواء كان ضميناً أو أميناً أما إذا اقام البائع البينة فتقبل منه.

ويرد على قاعدة «القول للقابض» اعتراضان أحدهما فيما إذ باع إنسان من آخر حصانين وبعد تسليمهما للمشتري تلف احدهما في يده ورد المشتري الآخر بخيار العيب ووقع نزاع بينه وبين البائع

في الذي تلف فالقول هنا للبائع وذلك بخلاف مقتضى هذه القاعدة فإن مقتضاها أن يكون القول للمشتري لأنه قابض والجواب أن البائع منكر لقبض زيادة الثمن فالقول قوله والثاني أن الاختلاف في الثمن يوجب اليمين واليمين هنا خلاف القياس والجواب أن مخالفة القياس تكون فيما إذا قدرنا اليمين ناشئة من الاختلاف في الثمن قصداً والخلاف في الثمن لم يحصل قصداً بل ضمناً وتبعاً للاناء.

﴿المادة ١٨٧﴾ البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضاً معتبر مثلاً لو باع بشرط أن يرهن المشتري عند البائع شيئاً معلوماً أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبراً حتى أنه إذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد لأن الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد.

ويسمى هذا الشرط الملائم ولا يفسد به البيع بل تجب مراعاته. وكما يصح البيع بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد فكذلك يصح بالشرط الذي يؤيد المقتضى. ومن ذلك اشتراط عقد البيع أمام شهود أو تقريره كذلك وأن يدفع الثمن إنسان آخر وأن يحال البائع بالثمن على إنسان آخر فهذا كله من الشروط الملائمة المؤيدة لمقتضى العقد التي يجب مراعاتها لكن إذا لم يراعها المشتري فلا يجبر على مراعاتها لأن الرهن عقد تبرع فلا يصح الإجبار عليه وكذلك تقديم المشتري لإنسان معين يدفع عنه أو يكفله أو يقبل والإحالة عليه فإن إجبار المشتري على شيء من ذلك إجبار على ما لا يقدر عليه وذلك لا يجوز غير أنه في اشتراط الرهن والكفالة يؤمر المشتري بدفع ثمن المبيع أو قيمة الرهن إذا لم يف بما اشترط عليه من ذلك فإن لم يدفع ثبت الخيار للبائع وله فسخ البيع لفوات وصف مرغوب فيه في الثمن. لإن الثمن المضمون بالرهن أوثق من الثمن الذي يكون كذلك فصار الرهن ههنا من صفات الثمن. ولما كان هذا الوصف مرغوباً فيه فبفواته يثبت الخيار للبائع. ولو دفع المشتري إلى البائع الثمن فوراً أو سلمه قيمة الرهن فليس للبائع فسخ البيع لأنه لم يقصد في هذا الرهن عين المرهون بل المقصود قيمته فبدفعها يحصل المقصود. وكذلك الحكم في اشتراط الكفالة لأن المقصود منه الإستيثاق من أداء الثمن فدفع الثمن فوراً تحصيل للمقصود بصورة أتم. وإذا شرط الرهن في عقد البيع وجب أن يكون معلوماً بالإشارة إليه أو بالتسمية والوصف له فإن كان مجهولاً فسد البيع لأن الجهالة فيه موجبة للنزاع والشقاق بين المتعاقدين إذ يحتمل أن يدعي البائع أن المرهون الذي قدمه المشتري غير ما اتفقا عليه فيطلب أعلى منه وأغلى. وإذا عين المتبايعان الرهن قبل انفضاض المجلس بالتراضي أو سلم المشتري الرهن إلى البائع فوراً صح البيع وبطل اشتراط الرهن «رد المحتار» و «هندية» «أنظر المادة ٢٤». وكذلك إذا شرط البائع على المشتري أن يقدم كفيلاً بدفع الثمن وجب أن يكون الكفيل معلوماً حاضراً في مجلس العقد وأن يقبل الكفالة إذا كان غائباً لأنه إن كان الكفيل مجهولاً فمن المحتمل أن يقدم المشتري للبائع كفيلاً فقيراً فلا يقبله البائع فيقع بينهما النزاع وعلى هذا إذا كان الكفيل مجهولاً أو غائباً وحضر بعد التفرق

من المجلس وقبل الكفالة فالبيع فاسد كما إذا كان حاضراً المجلس فلم يقبل إلّا بعد التفرق أو تشاغل بأمر آخر. ولو قبل بعد التشاغل لا ينقلب البيع صحيحاً «هندية» و «رد المحتار».

وحكم الكفالة بالدرك المذكورة في المادة «٦١٦» كحكم الكفالة بالمال «هندية» والبيع شرط الحوالة كالبيع بشرط الكفالة. أعني إذا تبايع إثنان على أن يحول المشتري منهما البائع على إنسان آخر لاقتضاء الثمن منه فهذا الشرط كشرط البيع بالكفالة والبيع صحيح استحساناً لأن تحويل المشتري للبائع بثمن المبيع على شخص آخر مما يضمن الثمن ويؤكد أداءه الذي هو من مقتضيات العقد.

وإذا باع إنسان من آخر متاعاً على أن يحول البائع على المشتري من يقبض الثمن منه فالبيع فاسد مثال ذلك لو باع إنسان من آخر متاعاً وشرط في البيع أن يقبض الثمن من المشتري إنسان غيره فالبيع فاسد لأن حوالة البائع ليست للإستيثاق من ثمن المبيع وتأكيد مقتضى العقد بل لاستيفاء الثمن فقط «بزازية» و «هندية».

﴿المادة١٨٨﴾ البيع بشرط متعارف يعني المرعي في عرف البلد صحيح والشرط معتبر مثلاً لو باع الفروة على أن يخيط بها الظهارة، أو القفل على أن يسمره في الباب أو الثوب على أن يرقعه يصح البيع ويلزم على البائع الوفاء بهذه الشروط.

الشرط المتعارف ولو لم يكن من مقتضيات العقد جوز البيع معه استحساناً وصار معتبراً «هندية» «أنظر المواد ٣٦ و ٣٨ و ٨٣» وجواز البيع معه خلاف القياس لأن فيه نفعا لأحد المتعاقدين ووجه الاستحسان العرف والتعامل لأن الشرط متى كان متعارفاً فلا يكون باعثاً على النزاع ويحصل الملك المقصود بغير خصام. وقد جاءت المجلة في هذه المادة بثلاثة أمثلة من الشروط التي جرى العرف على التعامل بها في البيع. والمدار في معرفة ذلك على العرف والتعامل فحيثما وجدا في شرط صح البيع معه. ومن أمثلة ذلك بيع الثمر الذي نضج قسم منه ولم ينضج القسم الآخر بشرط إبقائه على الشجر حتى ينضج ويرد على هذه المادة أن النبي، ﷺ، نهى عن البيع فتجويز البيع بالشرط هو ترجيح للعرف على النص مع أن نص الشارع أقوى من العرف وليس لأحد أن يرد النص بالعرف كما اتضح في شرح القواعد الكلية والجواب أن علة النهي عن البيع بالشرط الوارد في الحديث الشريف ما يثيره البيع بالشرط من النزاع بين المتبايعين لأن غاية الشارع إنما هي قطع النزاع وحسم الخلاف بين الناس والشروط التي يجري بها العرف والعادة ليست مما يسبب نزاعاً ويثير خصاماً فلا تكون مقصودة بالنهي الوارد في الحديث الشريف «رد المحتار».

وإذا اقترن الشرط «بان» بطل البيع على أية حال «أنظر المادة ٨٢» ما لم يكن الشرط معلقاً برضا معين مثلاً: إذا قال البائع للمشتري بعتك مالي هذا بكذا قرشاً إن قبل زيد بذلك في مدة

خمسة أيام فهذا يكون بيعاً مشترطاً فيه الخيار لإنسان أجنبي فإذا عينت المدة كما في هذا المثال فالبيع جائز «رد المحتار».

ومن الشروط العرفية: لو اشترى إنسان من آخر ثمراً بعضه صالح للأكل والآخر غير صالح على أن يبقى الثمر على الشجر إلى أن ينضج جميعه فالبيع صحيح عند الإمام الثالث. وعلى البائع مراعاة هذا الشرط وعليه الفتوى «رد المحتار».

وكذلك يصح البيع بالشرط الذي يسوغ شرعاً كالبيع بخيار الشرط وخيار النقد وخيار التعيين وخيار الغبن والتغرير وخيار كشف الحال وخيار الإستحقاق وشرط تأجيل الثمن إلى أجل معلوم وشرط براءة ذمة البائع من دعوى العيب وشرط أن يتصف المبيع بوصف مرغوب فيه وشرط أن يستأصل المشتري الشجرة وشرط رد المبيع للبائع إن ظهر المبيع معيباً.

فكل ذلك سائغ ومعتبر والبيع معه صحيح «أشباه» و «بزازية».

والشرط الفاسد الذي يشترط بعد العقد على سبيل الوعد لا يفسد العقد ويجب الوفاء به من حيث أن الوفاء بالوعد واجب لحاجة الناس إليه وعلى هذا إذا لم يذكر المتبايعان الشرط الفاسد حين العقد بل ذكراه بعد تمامه على سبيل الوعد فلا يخل ذكره حينئذ بالبيع ويجب الوفاء به كما تقدم «رد المحتار».

﴿المادة١٨٩﴾ البيع بشرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين يصح والشرط لغو مثلاً بيع الحيوان على ألا يبعه المشتري لآخر أو على شرط أن يرسله إلى المرعى صحيح والشرط لغو.

لأن هذا الشرط لا يؤدي إلى النزاع إذ لا فائدة منه لأحد العاقدين والنزاع الذي ينشأ عن مثل هذا الشرط إنما هو عناد وتحكم فعلى هذا إذا اشترى المشتري المبيع على أن يبيعه من آخر أو يهبه أو ألا يركبه أو الأثواب على ألا يلبسها أو الطعام على ألا يأكله فالبيع صحيح والشرط لغو لا يجب القيام به «أنظر المادة ٨٣» لأن هذه الشروط لا فائدة منها لأحد العاقدين. نعم قد يكون في بعض هذه الشروط فائدة للحيوان لكن الحيوان ليس مما له حق وللمشتري بيع ذلك الحيوان أو هبته لمن أراد كما أن له الحق أن يمنعه من المرعى وليس للبائع فسخ البيع لهذه الأسباب وإنما قيل في المثال هنا «بشرط أن لا يبيعه من آخر» ولم يقل «من معين» لأنه إذا شرط البيع لمعين فالبيع فاسد عند الصاحبين محمد وأبي يوسف. وكذلك إذا اشترى الحيوان بشرط أن لا يقدم له علفاً أو أن يذبحه أو مالاً بشرط ألا يبيعه في البلدة بل يبيعه في بلدة أخرى فالبيع صحيح والشرط باطل «عبد الرحيم» و «رد المحتار» و «الهندية». وكذلك لو اشترى مالاً على أن يبيعه أو يهبه من غير تعيين من

يباع منه أو يوهب فالبيع صحيح والشرط لغو أما إذا عين ذلك كأن يشترط على المشتري بيعه من زيد أو هبته لعمرو فالبيع فاسد «هندية».

وكذلك إذا اشترى إنسان من آخر ثمراً ناضجاً غير محتاج أن يبقى على الشجر بشرط أن يبقى على الشجر مدة فالبيع صحيح على القول المفتى به «مجمع الأنهر وهندية». لأن هذا الشرط ليس فيه منفعة لأحد العاقدين. وإذا شرط في البيع شرط مضر فالبيع صحيح والشرط لغو كما إذا اشترى إنسان العباءة على أن يمزقها أو الدار على أن يهدمها فالبيع صحيح والشرط باطل وكذلك لو شرط في البيع شرط لا يضر ولا ينفع كاشتراط البائع على المشتري أكل الطعام أو لبس الثياب أو سكنى الدار التي باعها منه أو ألا يسكنها غير المشتري فالبيع صحيح والشرط باطل « **طحطاوي** ». وكذلك لو عقد البيع على شرط فيه نفع لأجنبي فالبيع صحيح والشرط باطل «خانية. قهستاني. بحر» مثال ذلك لو باع إنسان من آخر مالاً على أن يقرض المشتري إنساناً معيناً قرضاً فالبيع صحيح والشرط باطل. وكذلك لو باع شخص من آخر داراً وشرط في عقد البيع أن يسكنها شخص معين فالبيع صحيح والشرط باطل. وكذلك كل شرط يفسد البيع فيما لو شرط على أجنبي إذا شرط على البائع فالبيع صحيح والشرط باطل. مثال ذلك أن يبيع إنسان من آخر ماله على أن يهب الشخص الفلاني المشتري عشرين قرشاً فالبيع صحيح والشرط باطل كأن لم يكن فإذا لم يعط الشخص المذكور الهبة المشروطة فلا يكون المشتري مخيراً «بزازيه». وكذلك لو باع إنسان ماله من آخر على أن يقرضه فلان الأجنبي مبلغاً فالبيع صحيح والشرط باطل فإذا لم يقرض ذلك الأجنبي البائع المبلغ فلا يكون البائع مخيراً في فسخ البيع «خانية».

«فائدة: إذا ذكر المتبايعان شرطاًمفسداً للبيع خارج العقد وجرى العقد دون أن يذكر فيه ذلك الشرط ويبنى عليه فالبيع لا يكون فاسداً أمَّا إذا ذكراه داخل العقد وبنيا العقد عليه متفقين فالبيع فاسد. وههنا مسائل في الشرط الفاسد وذلك أن الحنفية قسموا في مذهبهم شرائط البيع إلى ثلاثة أقسام جائز ومفسد ولغو وقد ذكر في المادة ١٨٩ الشرط اللغو ونرى من المناسب أن نذكر في شرح هذه المادة الشرط الفاسد.

فالشرط الفاسد أربعة أنواع «هندية»: الأول ما لم يكن من مقتضيات عقد البيع أو المتعارف أو المشروع أو المؤيد لمقتضى العقد أو ما فيه نفع أو فائدة لأحد العاقدين فالبيع على مثل هذه الشروط فاسد «قهستاني، رد المحتار» لأن المقصود من البيع إنما هو التمليك والتملك خاصة أي أن يكون المشتري مالكاً للمبيع والبائع مالكاً للثمن بلا مانع ولا مزاحم. فإذا وقع في البيع شرط نافع لأحد العاقدين كان أحد العاقدين طالباً لهذا الشرط والآخر هارباً منه وأدى ذلك إلى النزاع بينهما فلا يكون العقد تاماً.

وتجري الإجارة هذا المجرى. إن عدم وقوع المنازعة في بعض العقود المحتوية لشرط فاسد لا

يقتضي جواز هذا العقد الذي لم يقع فيه منازعة مع احتوائه لشرط فاسد لأن العلة إنما تعتبر في الجنس لا في الأفراد وبيان ذلك أن البيع والإجارة المشتملين على شرط نافع لأحد العاقدين قد اعتبرا فاسدين لاحتمال أن يؤدي هذا الشرط إلى النزاع بين المتعاقدين لأن جنس الإجارات والبيوع المشتمل على شرط نافع لأحد العاقدين من شأنه أن يؤدي إلى النزاع بينهما فلا ينبغي تجويز بعض الاجارات والبيوع المشتمل على شرط نافع لأحد العاقدين ولم يؤد إلى النزاع فإن الاعتبار للجنس لا للفرد «منافع الدقائق» ونذكر هنا ثلاثة عشر شرطاً من هذه الشروط:

(١) إذا اشترى المشتري مالاً بشرط أن يهبه البائع أو أن يتصدق عليه أو يقرضه مالاً معلوماً أو أن يبيعه أو يؤجره أم يعيره مالاً معيناً فالبيع فاسد لأن هذه الشروط فيها نفع لأحد العاقدين كما لو باع إنسان آخر ملكه بشرط أن يسكنه المشتري أو يعوله وينفق عليه إلى أن يموت فالبيع فاسد. وينبغي أن يعلم هنا أن الشرط الفاسد لا يفسد به البيع إلا إذا ذكر في العقد بغير الواو فإذا ذكر بالواو كما إذا قال شخص لآخر بعتك هذه السلعة بعشرة دنانير وعلى أن تقرضني خمسة فالبيع في مثل هذه الصورة جائز ولا يعتبر مثل هذا شرطاً «رد المحتار» لأن ذكر الشرط بالواو يجعله مستقلاً عن العقد غير متعلق به.

(٢) إذا باعت إمرأة مالاً من رجل على أن يتزوجها أو يتزوج ابنتها فالبيع فاسد كما إذا باعت مالها من زوجها على ألا يطلقها.

(٣) إذا اشترى إنسان من آخر حصاناً على أن يرده إن لم يقبل زيد أن ينهبه أو يشتريه من الشاري الأول فالبيع فاسد كما لو باع إنسان من آخر داراً وشرط على المشتري أنه إذا باع هذا الدار زيادة عن مبلغ كذا أن يعطيه المشتري هذه الزيادة «فتح القدير» وكذلك لو باع إنسان حماراً من آخر وشرط في العقد على المشتري أن يبيعه منه فالبيع فاسد كما لو باع إنسان مالاً من آخر على أن يكون مخيراً وشرط في العقد ألا يسقط خياره في فسخ البيع ولو عرض المبيع للبيع أو استعمله «هندية» ولا حاجة إلى البحث والتدقيق في سقوط الخيار وعدمه بعرض المبيع للبيع لأن البيع الفاسد قابل للفسخ بالخيار.

(٤) لو اشترى إنسان عنب كرم لم ينضج على أن يبقى في الكرم حتى ينضج البيع فاسد أما إذا اشتراه بصورة مطلقة فالبيع صحيح وللبائع قطفه «خانية» كما أنه لو ترك العنب على الكرم من غير شرط لا يلزمه شيء.

(٥) إذا باع إنسان نصف أرضه التي مساحتها مائة دونم بشرط أن يكون ما على نصفه الآخر من الضريبة على المشتري فالبيع فاسد كما لو شرط أن يدفع هو الضريبة السنوية المفروضة على تلك الأرض كلها.

(٦) إذا كان إنسان مديناً لآخر بعشرة دنانير وباع المدين من صاحب الدين مالاً بعشرة دنانير

وشرط في البيع أن لا يحصل بينهما تقاض فالبيع فاسد «هندية» لأن الدينين متحدان صفة وجنساً فيحصل التقاضي جبراً.

(٧) إذا باع إنسان من آخر مالاً وشرط في البيع إن مات المشتري قبل البائع فسخ البيع وبقي المبيع في ملك المشتري فالبيع فاسد كما لو شرط في البيع عدم رجوع المشتري على البائع فيما إذا ضبط المبيع بالإستحقاق «بهجة. مؤيد زاده».

(٨) إذا باع رجل من آخر مالاً بألف قرش وشرط في البيع أن يهب البائع مائة قرش من ثمن المبيع فلا يصح ذلك لأن الهبة لا تلحق أصل العقد ولا يكون ذلك من قبيل المبيع بشرط تنزيل الثمن المذكور في شرح المادة ١٨٦ (بزازية).

(٩) إذا شرط المشتري تسليم المبيع قبل تسليم الثمن في البيع الذي يعقد على أن يكون الثمن معجلاً فالبيع فاسد.

(١٠) إذا اشترى رجل من آخر ثمراً على شجر وشرط في البيع قطف الثمر على البائع فالبيع فاسد.

(١١) إذا شرط البائع في البيع عدم تسليم المبيع للمشتري مدة شهر فالبيع فاسد «قهستاني».

(١٢) إذا باع رجل من آخر قطيع غنم على أنه مائة رأس كل رأس بكذا قرشاً وأن يكون عدد معين من هذا القطيع بلا ثمن فالبيع فاسد.

النوع الثاني من الشرط الفاسد ما كان فيه غرر كبيع البقرة بشرط أن تكون حاملاً فالبيع بمثل هذا الشرط فاسد.

النوع الثالث شرط تأجيل المبيع والثمن الذي يكون عيناً فهذا الشرط مفسد للبيع.

النوع الرابع شرط الخيار مؤبداً وموقتاً بأجل مجهول جهالة فاحشة فالبيع بمثل هذا الشرط بيع فاسد (أنظر شرح المادة ٣٠٠) (هندية).



الفصـل الرابع

في إقالة البيع

﴿المادة ١٩٠﴾ للعاقدين أن يتقايلا البيع برضاهما.

إن جواز الإقالة ثابت بالنقل والعقل فمن النقل ما جاء في الحديث الشريف: (من أقال نادماً بيعته أقال الله تعالى عثراته يوم القيامة).

والعقل يقضي بأن من حق الطرفين أن يرفعا العقد تبعاً للمصلحة «مجمع الأنهر». للمتبايعين أن يتقايلا البيع في المبيع كله أو بعضه مثال الأول: إذا باع إنسان مالاً من آخر وسلم البائع المال للمشتري ثم قال للمشتري أقلت البيع فقال المشتري قبلت فتكون الإقالة ههنا في كل المبيع ويرجع إلى ملك البائع. ومثال الثاني إذا باع إنسان من آخر خمس عشرة كيلة حنطة وقال البائع للمشتري اما أن تدفع لي الثمن أو ترد لي الحنطة فلو رد المشتري خمس كيلات فقد وقعت الإقالة في الخمس الكيلات بالتعاطي (أنظر المادة ٢٧٥).

ويفهم من قيد الرضاء أن رضاء المتعاقدين في الاقالة شرط لأن الكلام في رفع العقد اللازم اما رفع العقد غير اللازم فعائد إلى صاحب الخيار ولا يشترط فيه رضا الآخر بل يكفي علمه «أبو السعود» ولا يقال لرفع هذا العقد إقالة (أنظر المادة ١٦٣).

﴿المادة ١٩١﴾ الإقالة كالبيع تكون بالإيجاب والقبول مثلاً لو قال أحد العاقدين قلت البيع أو فسخته وقال الآخر قبلت أو قال أحدهما للآخر أقلني البيع فقال الآخر قد فعلت صحت الإقالة وينفسخ البيع.

تنعقد الإقالة في خمس صور: الأولى المذكورة في متن المجلة وهي الانعقاد في الإيجاب والقبول ويستعمل في الإيجاب والقبول صيغة الماضي في الأكثر. مع أن البيع لا ينعقد لصيغة الأمر فإن الإقالة تنعقد بها من أحد المتقايلين وصيغة الماضي من الآخر كما أفتى الشيخان. وخالفهما في ذلك محمد. والسبب في جواز انعقاد الإقالة بصيغة الأمر وامتناعه في البيع أن صيغة الأمر في البيع تحمل على المساومة فلا تدل على التحقيق ولا تكفي لانعقاد البيع. أما الاقالة فتقع بعد النظر والتأمل في الأمر وليس فيها مساومة فصيغة الأمر فيها تحمل على التحقيق. وقبول الاقالة يكون على

نوعين الأول القول والنص. ولا ينحصر انعقاد الاقالة في لفظ «الإقالة» بل تنعقد الاقالة بكل لفظ يفيد معنى الاقالة كالفاظ الفسخ والترك والرفع والترداد واعد لي نقودي وخذ نقودك وبع من نفسك وأمثال هذه الألفاظ (أنظر المادة ٣) ولكن بين ألفاظ الإقالة فرق فإذا عقدت الإقالة بلفظ (الإقالة) فحكمها في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير بيع جديد (أنظر المادة ١٩٦) أما إذا عقدت الإقالة بألفاظ المفاسخة أو المتاركة أو التراد فليست بيعاً بالاتفاق وكذلك إذا استقال البائع فقال المشتري أعد لي نقودي أو استقال المشتري فقال البائع خذ نقودك وقبل الآخر فإن الإقالة تنعقد (رد المحتار) وكذلك إذا اشترى إنسان متاعاً من آخر ولم يقبضه ولم يره وقال للبائع بع لي ذلك المتاع فأجابه البائع بالموافقة فالبيع ينفسخ لأن المشتري ههنا وكل البائع في فسخ البيع أما إذا قال المشتري للبائع بع لي المبيع بعد أن قبضه ورآه فالبيع لا ينفسخ بل يكون البائع وكيلا للمشتري في بيع المبيع (رد المحتار). وانظر المادة (١٤٥٥) كذلك إذا اشترى إنسان من آخر متاعاً وقبل أن يقبضه قال للبائع بع المبيع من نفسك فباعه البائع من نفسه كان ذلك إقالة وانفسخ العقد الأول (انقروي) أما إذا قال المشتري للبائع بع المبيع أو بعه ممن شئت أو بع المبيع لأجلي فلا ينفسخ العقد الأول ولا تصح الإقالة (بزازيه).

وكذلك إذا باع إنسان من آخر بقرة وبعد البيع قال للمشتري بعتها منك رخيصة فقال المشتري إذا كانت رخيصة فخذها وبعها واربح منها وأعد لي الثمن الذي دفعته إليك فباع البائع البقرة وربح منها ينظر فإذا كانت هذه المعاملة قد جرت قبل قبض المشتري للمبيع أو كانت بعد القبض الا أن المشتري قال للبائع بعها من نفسك فإن ذلك يكون إقاله والربح يعود للبائع والا كان توكيلا والربح يعود على المشتري الموكل. وكذلك إذا اشترى إنسان من آخر طعاماً وقبل أن يقبضه قال للبائع كله فأكله البائع فإن البيع ينفسخ ويكون البائع قد أكل ماله أما إذا لم يأكله فلا ينفسخ البيع لأنه وإن وجد إيجاب الإقالة فلم يوجد القبول (انقروي) وكذلك إذا وهب المشتري المبيع المنقول قبل قبضه أو رهنه وقبل البائع الهبة أو الرهن فالبيع ينفسخ (بزازيه) أما إذا لم يقبل البائع الهبة أو الرهن فالإقالة باطلة والبيع باق على حاله (أنظر شرح المادة ٢٥٣) لكن أذا باع المشتري المبيع قبل القبض للبائع وقبل البائع فذلك باطل لأن الإقالة لا تنعقد بلفظ البيع لأنها ضد البيع فلا يستعمل البيع مجازاً في الإقالة مثال ذلك أن يقول البائع للمشتري بعني المال الذي اشتريته مني بكذا قرشاً فيبيعه المشتري ذلك ويقبل البائع فهذا لا يكون إقالة بل يكون بيعاً فتجب فيه مراعاة شروط البيع (انقروي) و (رد المحتار) وكذلك إذا اشترى إنسان من آخر ثوب حرير وبعد أن قبضه قال للبائع لا ينفعني هذا الثوب فخذه واعد لي دراهمي فلم يوافق البائع على ذلك فقال المشترى قد نزلت عن مقدار كذا من الثمن فادفع لي الباقي فوافق البائع على ذلك وتم الأمر بينهما فهذا إقالة وليس بيعا جديداً. تنعقد الإقالة بلفظ (لا أريد) مثال ذلك: إذا قال المشتري بعد عقد البيع لا أريد هذا البيع فلا تنعقد الاقالة لأن هذا اللفظ لا يدل على الإقالة وإذا باع الدلال مالاً بأمر مطلق ثم أحضر الثمن للبائع فقال البائع لا أعطي المبيع بهذا الثمن وسمعه المشتري فقال له

وأنا لا أريد فالبيع لا ينفسخ لأن هذا اللفظ ليس من ألفاظ الفسخ اولاً وثانياً لأنه يشترط في الإقالة اتحاد المجلس.

النوع الثاني من نوع قبول الإقالة أن يكون ذلك دلالة وفعلاً ويتفرع عن ذلك ما يأتي: أولاً إذا باع إنسان من آخر خمس أذرع قماشاً وبعد أن سلمه ذلك قال البائع للمشتري قد اقلت البيع فخط من هذا القماس ثوباً وبدون أن ينبث المشتري ببنت شفة قص القماش ثوباً للبائع فإن الإقالة تنعقد. ثانياً إذا كان القماش المبيع في يد البائع ولم يسلم إلى المشتري فقال المشتري للبائع قد أقلت البيع فإذا قص البائع القماش ثوباً في ذلك المجلس فالإقالة تنعقد. ثالثاً إذا قال المشتري بعد قبضه المبيع أقلت البيع فقبض البائع المبيع في ذلك المجلس فالإقالة تنعقد.

إن إيجاب الإقالة يصبح مردوداً بالرد وعليه إذا رد البائع الإقالة صراحة فالإيجاب يبطل واستعمال البائع للمبيع بعد رده الإيجاب لا يعد قبولاً للإقالة لأنه وإن كان استعمال البائع للمبيع يعد ذلك دليلاً على قبوله الإقالة ألا أن الدلالة دون التصريح فلا يبطل بها الرد الذي حصل به «رد المحتار» «أنظر المادة ١٨٤».

ثانياً تنعقد الإقالة بالرسالة فإذا أرسل أحد المتابعين رسولاً إلى الآخر ليبلغه الإقالة وبلغه الرسول إياها وقبل المبلغ إليه الإقالة في مجلس التبليغ دون أن يتشاغل بعمل آخر أو يأتي بأي شيء دال على الأعراض تكون الإقالة صحيحة.

وعليه فلو ادعى ذلك الشخص بعد ذلك أنه فسخ البيع وقبل الإقالة في مجلس التبليغ فأنكر الطرف الآخر حصول القبول من ذلك الرجل بالإقالة لا تصدق دعواه بدون بينة «بزازية» كذلك تنعقد الإقالة بالكتاب والمكاتبة وتنعقد أيضاً بالتعاطي وبإشارة الأخرس المعروفة.

﴿المادة ١٩٢﴾ الإقالة بالتعاطي القائم مقام الإيجاب والقبول صحيحة.

يعني أن الإقالة تنعقد على القول الصحيح بتراد البدلين كما أن البيع ينعقد بتعاطي البدلين «رد المحتار» أنظر المادة ١٧٥ والحاصل أن الإقالة بالتعاطي تنعقد **بثلاث طرق**: الأولى بتعاطي الفريقين مثال ذلك أن يرد المشتري المبيع للبائع بداعي وجود عيب قديم فيه فيقبل البائع الرد بالرضا فيكون ذلك إقالة حتى لو أن المبيع بعد ذلك تلف في يد البائع لم يضمن المشتري كما أنه ليس للمشتري أو للبائع أن يطلب إعادة البيع بناء على تبين عدم العيب في المبيع الطريق الثانية بإعطاء المشتري فقط مثال ذلك أن يطلب البائع إقالة البيع فيطلب المشتري منه أن يرد له الثمن فيكتب البائع سنداً على نفسه بذلك ثم يعطيه المشتري فيرد المشتري المبيع للبائع فالإقالة منعقدة بهذه الطريق (الخيرية والأنقروي) وكذلك إذا رد المشتري صك العقار المبيع على سبيل الإقالة إلى البائع فأخذ الصك وتصرف في العقار المذكور فتنعقد الإقالة بطريق الإعطاء من جانب المشتري، الطريق الثالثة بإعطاء البائع مثال ذلك أن يتسلم المشتري مائة كيلة حنطة شراها من البائع ثم يقول

للبائع بعد التسليم أن السعر غال فيرد له البائع ثمن المبيع كله أو بعضه ويأخذه المشتري فتجري الإقالة فيما رد من الثمن أو بعضه «رد المحتار. الهندية» وكذلك إذا باع إنسان من آخر عدة بقرات وسلمها إليه وقبض جزءاً من الثمن ثم طالب المشتري بباقي الثمن فقال المشتري قد اشتريت بثمن غال فرد البائع الجزء الذي قبضه من المشتري إليه من غير أن يتكلم فالإقالة تنعقد وانعقادها ههنا بإعطاء المشتري وإذا أراد المشتري رد البقرات إلى البائع فعليه استردادها وليس له أن يرفض ذلك بدعوى أن الإقالة لم تنعقد وليس له المطالبة بالثمن.

﴿المادة ١٩٣﴾ يلزم اتحاد المجلس في الإقالة كالبيع يعني أنه يلزم أن يوجد القبول في مجلس الإيجاب وأما إذا قال أحد العاقدين أقلت البيع وقبل أن يقبل الآخر انفض المجلس أو صدر من أحدهما فعل أو قول يدل على الإعراض ثم قبل الآخر لا يعتبر قبوله ولا يفيد شيئاً حينئذ.

إتحاد المجلس شرط في الإقالة فإن كانت الإقالة قولية وجب أن يكون مجلس الإيجاب والقبول واحداً وإن كانت الإقالة بالتعاطي وجب اتحاد مجلس التعاطي وعلى هذا إذا اشترى انسان من آخر حصانا وقبضه ثم وجده غير موافق فأعاده إلى البائع فرفض البائع قبول الحصان صراحة فتركه المشتري عنده وذهب فاستعمل البائع الحصان في أعماله فلا يعتبر هذا الاستعمال قبولاً منه للإقالة وله ألاّ يرد الثمن إلى المشتري وأن يرد الحصان إليه لأن استعمال الحصان وإن كان دليلاً على قبول البائع للإقالة إلاّ أن الرد الذي وقع صراحة مانع من اعتبار قبول الدلالة لأن الدلالة دون التصريح «رد المحتار، مجمع الأنهر، الهندية» «أنظر المادة ١٨٤» وعلى هذا إذا ذهب المشتري بالحصان الذي شراه ليرده إلى البائع ويستقيل من البيع فلم يجد البائع في داره فترك الحصان في اصطبله ورجع ثم ان البائع استعمل الحصان في مصالحه فالإقالة غير منعقدة لأنه وإن كان استعمال البائع للحصان قبولاً فعلياً للإقالة غير أن مجلس التعاطي لم يكن متحداً فلهذا ليست الإقالة صحيحة.

﴿المادة ١٩٤﴾ يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري وقت الإقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقالة

موانع الإقالة أربعة: أحدها هلاك المبيع هلاكاً حقيقياً أو حكمياً. ثانيها حصول زيادة في المبيع منفصلة غير متولدة فيه. ثالثها حصول زيادة في المبيع منفصلة متولدة فيه. رابعها تبدل اسم المبيع فهذه الموانع الأربعة تمنع صحة الإقالة لأن رفع البيع متوقف على قيام البيع وقيام البيع متوقف على قيام المبيع لوجوب أن يكون المبيع متعيناً وبهلاك المبيع يرتفع البيع ولو بقي الثمن الذي هو عبارة عن الدراهم والدنانير موجوداً فإذا تلف المبيع فليس ثمة عقد يمكن رفعه والتقايل فيه.

وهلاك المبيع حقيقة ظاهرة كموت الحصان المبيع مثلاً أما هلاك المبيع حكماً فكأن يكون حصاناً فيفر أو طائراً فيطير ولا يعلم مكانهما فيصير المبيع غير مقدور على تسليمه للبائع.

ولفظة (قائم) الواردة في متن المجلة يقصد بها عدم هلاك المبيع حكماً، ولفظة «موجود» يقصد بها عدم هلاك المبيع حقيقة. مثال ذلك: إذا تلف المبيع بعد الإقالة وقبل إعادة المبيع أو كان حيواناً ففر أو فقد فالإقالة تبطل ويبقى البيع على حاله كما أن البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل التسليم أنظر المادة ٢٩٢.

إن الأسباب التي تمنع من رد المبيع في خيار البيع وفي البيع الفاسد تمنع أيضاً من الرد في الإقالة «أنظر المادتين ٣٤٩ و٣٥٢» وقد قلنا آنفاً أن الزيادة المتصلة غير المتولدة والزيادة المنفصلة المتولدة تمنعان من الإقالة. مثال ذلك: أن يكون المبيع المقبوض أثواباً فتصبغ أو أرضاً فيبني فيها ففي ذلك حصول زيادة غير متولدة أو أن يكون المبيع المقبوض حيواناً فيلد أو بستاناً فيثمر وفي هذا حصول زيادة متولدة فحصول الزيادة في كلا الأمرين مانع من الإقالة لأن حصول الزيادة المنفصلة بعد القبض يجعل فسخ العقد متعذراً لأن تلك الزيادة من حق المشتري شرعاً ولم تكن للبائع حتى يجوز ردها إليه ولا سيما أن الإقالة هي عبارة عن إعادة حادث سابق فإذا اعتبرت الإقالة صحيحة فلا يبقى مانع من بقاء تلك الزيادة في يد المشتري أما الزيادة التي تحدث في البيع بعد البيع وقبل القبض فلا تكون من موانع الإقالة سواء أكانت هذه الزيادة متصلة أم منفصلة.

وكذلك لو باع رجل من آخر أرضه المزروعة مع زرعها وسلمها إلى المشتري لا تصح الإقالة بعد إدراك الزرع.

ومن موانع الإقالة تبدل الاسم كما إذا اشترى رجل من آخر خيوطاً أو قمحاً فنسج من الخيوط ثوباً أو طحن القمح وصار اسم تلك الخيوط ثوباً والقمح دقيقاً أو اشترى ثوباً فخاطه قميصاً فالإقالة في هذه المبيعات التي تبدلت اسماؤها غير صحيحة هذا إذا بنيت الإقالة على أن يرد الأصل للبائع فقط دون الزيادة كأن يقال للمشتري مثلاً افتق الخياطة وسلم الثوب للبائع على ما في هذا من الضرر للمشتري فلو بنيت الإقالة على رد الأصل والزيادة للبائع كأن يسلم الثوب إلى البائع بعد أن صيره المشتري قميصاً كما هو صحت الإقالة «رد المحتار الأنقروي».

أما الزيادة المتصلة المتولدة والزيادة المنفصلة غير المتولدة فليستا من موانع الإقالة «صرة الفتاوى الخيرية». مثال ذلك: أن يشتري رجل من آخر حيواناً ويقبضه ثم يسمن هذا الحيوان أو يكون مصاباً في عينه فيبرأ عند المشتري فالإقالة في هذا الحيوان صحيحة وكذلك إذا اشترى رجل من آخر طاحوناً أو حصاناً فأجّر المشتري الطاحون أو أكرى الحصان وقبض الأجرة ثم تقايل البائع والمشتري فالإقالة صحيحة والأجرة للمشتري.

ولا يشترط في الإقالة حياة المتبايعين فلورثتهما أن يتقايلا بعد وفاتهما ولوصيهما أيضاً «رد المحتار».

وللإقالة ضابط عام وهو: كل من يملك حق البيع والشراء يملك حق الإقالة «رد المحتار» ويستثنى من ذلك خمسة مواضع فقط. الأول فيما إذا كان بيع الوصي للمال بأكثر من قيمته أو كان

شراؤه بأقل فالإقالة في هذا الموضع غير صحيحة لاشتراط الفائدة في جواز إقالة الوصي في مال الصغير فلا تصح الإقالة «أنظر المادة ٥٨» وعلى هذا لو باع الوصي مال الصغير أو التركة بمسوغ شرعي بثمن أكثر من ثمن المثل وبعد أن سلم المبيع وقبض الثمن أقال البيع فالإقالة غير صحيحة. وكذلك إذا اشترى وصي المتوفى من مدينة مالاً يساوي خمسين قرشاً بعشرين قرشاً ثم أقال البيع فالإقالة غير صحيحة لأنها في الحالتين مضرة بالصغير وكذلك وصي اليتيم إذا اشترى لليتيم مالاً أو وهب البائع الصغير الثمن قبل القبض فليس للوصي أن يقيل البيع لأن هذه الإقالة في معنى التبرع بالمبيع للبائع لأنه لم يدفع ثمن المبيع للبائع ولا يحق للوصي الرجوع على البائع بثمن المبيع أما إذا قبض البائع الثمن من الوصي ثم وهب الصغير أو الوصي الثمن فحينئذ يجوز للوصي أن يقبل البيع وأن يأخذ ثمن المبيع من البائع وبذلك يأخذ الثمن مرتين في الأولى على سبيل الهبة وفي الثانية ثمن الموهوب.

الموضوع الثاني: الصبي المأذون لا تصح إقالته للبيع فيما إذا لم يكن له فيها فائدة.

الثالث: متولي الوقف فلا تصح إقالته التي ليس فيها فائدة للوقف وعلى هذا إذا باع متولي الوقف أو الصبي المأذون مالاً بأكثر من قيمته أو اشتريا مالاً بأقل من قيمته فلا تصح إقالتهما لهذا البيع والشراء وإذا باع رجل مالاً من صبي مأذون ثم وهب الصبي الثمن قبل القبض ثم اقال البيع فالإقالة غير صحيحة لأنها لو صحت لم يجز للمشتري الذي هو الصبي المأذون أن يرجع بالثمن على البائع فيكون قد تبرع بالمبيع للبائع والصبي المأذون ليس بأهل للتبرع أما إذا كان البائع قد وهب المشتري الذي هو الصبي المأذون الثمن بعد أن قبضه منه ثم سلمه الموهوب ثم أقال البيع فالإقالة صحيحة وبمقتضى الإقالة يحق للصبي المأذون أن يأخذ ثمن المبيع من البائع ويكون الثمن قد تأدى إليه مرتين الأولى على سبيل الهبة والثانية ثمناً للموهوب «رد المحتار».

الرابع: المسألة المذكورة في المادة ١٤٩٣.

الخامس: الوكيل بالسلم فليس له إقالة البيع على راي البعض «رد المحتار».

﴿المادة ١٩٥﴾ لو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة في الباقي مثلاً لو باع أرضه التي ملكها مع الزرع وبعد أن حصد المشتري الزرع تقايلا البيع صحت الإقالة في حق الأرض بقدر حصتها من الثمن المسمى.

لأن البيع ثابت في الباقي «فتح القدير» فبالنظر للباقي تكون الاستقالة صحيحة ولا يعتبر المبيع وضموره تلفاً فلو كان المبيع صابوناً مثلاً فجف ثم أقيل البائع فيه فالإقالة صحيحة فيه كله «رد المحتار».

وجاء في مثال المتن في هذه المادة أن الإقالة صحيحة في بيع الأرض مع محصولها بحصة هذه الأرض من الثمن وطريق معرفته مثل هذه الحصة وتعيينها ما يأتي:

إذا عين البائع ثمن الأرض مثلاً وثمن الزرع كلاً على حدة وقت البيع فحصة الأرض في هذه الحال تكون معلومة وإذا لم يفصل البائع الثمن فتعيين حصة الأرض بالنسبة. مثال ذلك: إذا باع البائع الأرض مع الزرع بمائة وخمسين ديناراً ثم تقايلا بعد أن حصد المشتري الزرع فينظر حينئذ فإن كان ثمن الأرض مع الزرع ثلاثمائة دينار وثمن الأرض وحدها مائتي دينار فمجموع الثمن نصف مجموع القيمة فيدفع البائع نصف قيمة الأرض وهو مائة دينار وتصح الإقالة في الأرض (أنظر شرح المادة ١٧٧) أما إذا كان المبيع حين البيع واحداً ثم حدث فيه زيادة متصلة بعد البيع فصار متعدداً فاستهلك المشتري أو أجنبي غيره هذه الزيادة أو هلكت فالإقالة لا تصح كما تقدم إيضاحه في المادة السابقة (أنقروي) وفي بيع المقايضة إذا هلك أحد البدلين جازت الإقالة في البدل الآخر لأن كل بدل منهما المبيع من وجه فبقاء أحدهما يبقى البيع قائماً فيمكن رفعه وإقالته «فتح القدير» وينظر في البدل الهالك فإن كان قيمياً ردت قيمته وإن كان مثلياً رد مثله. مثال ذلك: إذا تقايض رجلان بحصانيهما أو قايض أحدهما الآخر بخمسين كيلة قمح مائة كيلة شعير فهلك أحد الحصانين أو الحنطة أو تصرف فيهما ثم تقايلا هذا البيع فالإقالة صحيحة في الحصان الباقي والشعير ويأخذ صاحب الحصان الهالك أو الحنطة قيمة الحصان أو مثل الحنطة وإذا كان البدلان موجودين حين الإقالة ثم تلفا بعد الإقالة وقبل القبض بطلت الإقالة ولم يبق لها حكم (رد المحتار) مثال ذلك) إذا جرت الإقالة في بيع المقايضة بعد أن تلف أحد البدلين فالإقالة صحيحة في البدل الآخر فإذا تلف هذا البدل قبل الرد بطلت الإقالة (هندية) (أنظر شرح المادة ١٩٤).

﴿المادة ١٩٦﴾ هلاك الثمن أي تلفه لا يكون مانعاً من صحة الإقالة

إن تلف ثمن المبيع لا يمنع من صحة الإقالة سواء أكان هذا التلف قبل الإقالة أم بعدها وسواء كان قد تلف كله أو بعضه قبل القبض أو كان مشاراً إليه حين العقد أو غير مشار إليه والإشارة إلى الثمن حين العقد تكون كقول المتبايعين اشتريت هذا الحصان بهذه العشرة الدنانير وذلك لأن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن كما اتضح في شرح المادة ١٩٤ وذلك لأن الثمن لا يكون مالاً بل يكون ديناً إما حقيقة كالثمن الواجب في عقد البيع الذي لا يشار فيه إلى الثمن أو حكماً كالبيع الذي يشار فيه إلى الثمن وعلى كل فحق البائع لا يترتب في الثمن بل في الذمة على مثل ذلك الثمن (أنظر شرح المادة ٢٤٣) فإذا باع رجل من آخر دابته بثمن قدره عشرة دنانير وقبض الثمن واستهلكه ثم تقايل هو والآخر البيع فالإقالة صحيحة وعلى البائع أن يدفع مثل العشرة الدنانير وكذلك إذا باع رجل آخر مالاً بمكيل أو موزون أو معدود متقارب غير معين بل ثابت في الذمة ثم تقايل هو والآخر البيع فالإقالة صحيحة ولو كان ذلك الثمن من المكيل أو الموزون أو المعدود المتقارب في يد البائع أو مستهلكاً (فتح القدير) (هندية) أما بيع الصرف فلأن العوضين فيه كليهما ثمن وبقاء الثمن في الذمة جائز فتلفهما فيه لا يمنع من صحة الإقالة وتصح الإقالة في بيع السلم ولو لم يقبض المسلم فيه.

حكم الإقالة - لها ثلاثة أحكام الأول - عند الإمام وهو فسخ موجبات العقد في حق المتعاقدين وموجبات العقد هي ما يثبت بنفس العقد بغير حاجة إلى شرط وذلك كتعيين الثمن جنساً وقدراً ووصفاً وتعيين المبيع فعلى هذا إذا تقايل المتبايعان البيع بعد قبض ثمن المبيع فيجب رد مثل الثمن أو مقداره الذي اتفق عليه حين العقد ولو كان المقبوض أجود أو أدنى من ذلك ولا فائدة في أن يشترط حين الإقالة أن يدفع الثمن من جنس آخر أو ينقص للندامة أو لأسباب أخرى أو أن يزاد الثمن أو يرد بدل غيره أو يؤجل كما أن السكوت حين الإقالة عن الثمن لا يضر شيئاً يعني ان كل ما يشرط في الإقالة من ذلك فهو باطل والإقالة صحيحة لأن حقيقة الفسخ رفع الأول بحيث يكون كأن لم يكن فعلى ذلك تثبت الحال الأولى وثبوت هذه الحال يقتضي رجوع عين الثمن لمالكه الأول وعدم دخوله في ملك البائع «رد المحتار» مثال ذلك: إذا باع رجل من آخر مالاً بخمسين ريالاً وبعد أن قبض الثمن تقايلا البيع واتفقا على أن يدفع البائع للمشتري خمسة وأربعين ريالاً عوضاً عن الثمن الذي قبضه فالإقالة صحيحة وعلى البائع أن يرد الخمسين ريالاً للمشتري دون زيادة ولا نقصان وكذلك إذا باع رجل ماله من آخر بخمسين ريالاً ثم اتفق هو والمشتري على أن يدفع المشتري ثمانية دنانير أو عشرة بدلاً من الخمسين ريالاً وبعد قبض البائع لهذه الدنانير تقايلا البيع فعلى البائع أن يرد إلى المشتري الخمسين ريالاً المسماة ثمناً حين العقد وليس عليه أن يرد الدنانير التي قبضها لأن قبض البائع للثمانية الدنانير أو العشرة بدلاً من الخمسين ريالاً عقد آخر لا تعلق له بالبيع والشراء الذي وقع سابقاً وليس من قبيل تمليك الدين للمدين.

وكذلك إذا اشترى رجل من آخر مالاً بعشرة دنانير ودفع المشتري للبائع برضاه بدلاً من ستين ريالاً ثم تقايلا البيع بعد هبوط سعر المال وقيمة الريال فعلى البائع أن يرد إلى المشتري عشرة الدنانير لا الستين ريالاً التي قبضها أو مثلها وكذلك إذا عقد المتبايعان البيع على أن يكون الثمن معجلاً ثم تقايلا على أن يرد الثمن مؤجلاً فالاقالة صحيحة والشرط لغو كأن لم يكن وعلى البائع أن يرد ثمن المبيع فوراً وكذلك إذا أجل المشتري الثمن في ذمة البائع بعد الإقالة فالأظهر أنه لا يعتبر هذا التأجيل صحيحاً عند الإمام.

والشرط بعد العقد يلحق بأصل العقد ووجوب رد الثمن على البائع إلى المشتري فيما إذا كان البائع قبض الثمن من المشتري أما إذا لم يقبض فلا يجب عليه والحالة هذه رد الثمن إلى المشتري كما أنه إذا ابرأ المشتري البائع من الثمن بعد الإقالة فالإبراء صحيح وليس على البائع أن يرد الثمن إلى المشتري وعلى ذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري بعد الإقالة والإبراء وقبل اعادته إلى البائع فالإقالة باطلة وليس على المشتري ضمان المبيع التالف وقد كان على المشتري الضمان إلا أن الثمن قد سقط عنه بالإبراء.

ويجوز في الإقالة تنزيل الثمن إلا انه يجب أن يكون والمبيع في يد المشتري وبعد اتفاق المتقايلين على التقايل على شرط تنـزيل الثمن بازاء نقص في المبيع لعيب فيه ففي مثل ذلك تصح الإقالة والشرط والمقدار الذي حط من الثمن في مقابلة العيب الحادث في المبيع (أنظر المادة ٨٣) أما

إذا شرط المتقايلان تنزيل الثمن بأكثر مما يقتضي العيب أو أقل فالشرط لغو والإقالة صحيحة ولا يحط من الثمن إلا مقدار ما يقتضي العيب الحقيقي وإذا حط شيء من الثمن في الإقالة بسبب العيب الحادث في المبيع وزال ذلك العيب من نفسه فللمشتري أن يرجع بما حط من الثمن على البائع (أنظر المادة ٩٨).

وجفاف المبيع وضموره في يد المشتري لا يعدان تلفاً في المبيع أو بعضه يعني إذا كان المبيع حين البيع اخضر ثم جف في يد المشتري ونقص وزنه ثم تقايلا هو والبائع فالإقالة صحيحة وليس للبائع المطالبة بحط شيء من الثمن مقابلة الجفاف ونقص الوزن اللذين حدثا في المبيع «هندية» مثال ذلك: إذا كان المبيع عشرة ارطال صابون قد جفت عند المشتري وصارت ثمانية وتقايلا البيع فللمشتري استرداد الثمن من البائع بغير نقصان والحاصل أن جفاف المبيع كما لا يعد عيباً فيه فلا يعد تلفاً في بعضه (أبو السعود).

الحكم الثاني من أحكام الإقالة: اعتبارها بيعاً جديداً في حق العاقدين فيما لم يثبت بموجب العقد أي ما يكون ثبوته بغير العقد بل بأمر زائد عليه يعني بغير الإيجاب والقبول ويتفرع على هذا الحكم مسائل:

الأولى: إذا اشترى رجل من آخر مالاً مقابل ما في ذمته من المال المؤجل قبل حلول الأجل ثم تقايلا البيع فلا يعود الأجل ويصير المطلوب معجلاً كما لو كان المشتري باع المبيع ثانياً لأن حلول هذا الدين قد حصل برضا المدين لقبوله كون هذا الدين ثمناً ولأن المدين قد اسقط الدين والساقط لا يعود (أنظر المادة ٥١) فعلى البائع أن يرد ثمن المبيع إلى المشتري فوراً وقد جاء في (الطحطاوي ورد المحتار): «ولو رده بخيار العيب بقضاء عاد الأجل لأنه فسخ فإن الرد بخيار العيب إذا كان بالقضاء يكون فسخاً ولذا ثبت للبائع رده على بائعه بخلاف ما إذا كان بالتراضي فإنه بيع جديد».

المسألة الثانية مما يتفرع على الحكم الثاني: إذا ادعى رجل بعد الإقالة أن المبيع ملكه فشهد المشتري بذلك لا تقبل شهادته لأن المشتري يعتبر كأنه بائع المبيع من البائع (لأن الذي باعه ثم شهد لغيره) ولو كانت فسخاً لقبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لأنه عاد هذا لفسخ ملكه القديم فلم يكن متلقياً من جهة المشتري لكونه فسخاً من كل وجه. الثالثة إذا باع رجل متاعاً بخمس كيلات من الحنطة غير معينة ثم تقايل المتبايعان بعد قبض الحنطة فليس على البائع أن يرد إلى المشتري الحنطة التي قبضها عينها وله أن يرد مثلها وكأن المشتري في ذلك قد باع المبيع للبائع بخمس كيلات حنطة غير معينة «زيلعي». الرابعة: إذا اشترى الدائن المكفول دينه من مدينه مالاً مقابل الدين وبعد الشراء تقايلا البيع فلا تعود الكفالة «أنظر المادة ٦٥٩» فتحصل أن الأجل والكفالة في البيع بما عليه لا يعودان بعد الإقالة وفي الرد بالقضاء في العيب يعود الأجل ولا تعود الكفالة ولو كان الرد بالرضا لا تعود الكفالة بالأولى «رد المحتار».

الحكم الثالث - أن تكون بيعاً جديداً في حق الشخص الثالث في بعض المسائل إذا كانت بعد قبض المبيع ونذكر من هذه المسائل خمساً: احداها: الشفعة في بيع العقار إذا سلم الشفيع بالشفعة في شراء المشتري ثم تقايلا فللشفيع أن يطلب ذلك العقار بالشفعة لأن الشفيع شخص ثالث فالإقالة بالنظر إليه بيع جديد أي يعتبر البائع مشترياً للعقار من المشتري فتثبت الشفعة للشفيع في الإقالة. ثانيتها الرد بالعيب فإذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا وظهر في المبيع عيب قديم كان فيه حينما كان في يد البائع فليس للمشتري أن يرد المبيع إلى بائعه لأن حصول الإقالة بين المشتري الأول والمشتري الثاني بيع جديد بالنظر الى البيع الأول أي كأن المشتري الثاني قد باع المبيع من المشتري الأول وتبدل سبب الملك في الشيء كتبدل العين.

الثالثة: الرجوع عن الهبة فإذا كان المبيع هبة فباعه الموهوب من آخر ثم تقايل المتبايعان فليس للواهب أن يرجع عن هبته لأن الموهوب له بالنظر إلى الواهب كالمشتري من المشتري «زيلعي»

الرابعة: الرهن فإذا رهن المشتري المال الذي اشتراه ثم تقايل هو والبائع فالإقالة في حق الشخص الثالث الذي هو المرتهن بيع جديد فتكون موقوفة «أنظر المادة ٧٤٧».

الخامسة: الإجارة فإذا اقيل البيع في المبيع بعد إيجاره فالحكم في ذلك كما في السابق «أبو السعود» «أنظر المادة ٥٩٠».

واعتبار الإقالة بيعاً جديداً في حق الشخص الثالث فيما إذا وقعت الإقالة بعد قبض المبيع أما إذا وقعت قبله فهي فيما عدا العقار من الأموال فسخ في حق الجميع. لتعذر جعلها بيعاً «زيلعي» ويجري في الإقالة خيار الشرط وخيار العيب فإذا كان المبيع وهو في يد المشتري حدث فيه عيب بآفة سماوية أو بفعل المشتري والبائع اقال البيع دون أن يعلم بالعيب الذي حدث في المبيع فالبائع مخير عند اطلاعه عليه فإن شاء ابقى الإقالة دون أن يحق له الرجوع على المشتري بنقصان العيب وان شاء رد الإقالة فإذا هلك المبيع واصبح من المتعذر رده إلى المشتري فليس للبائع أن يرجع على المشتري بنقصان العيب أما إذا كان البائع عالماً وقت الإقالة بالعيب الحادث في المبيع فلا يكون مخيراً بعد الإقالة «رد المحتار. الخيرية. الانقروي» ونفقة النقل وغيره في رد المبيع على البائع سواء وقعت الإقالة عند المبيع أو في محل آخر «رد المحتار» وإذا اختلف المتبايعان بعد التقايل في تعيين المبيع فادعى البائع أن هذا المال هو غير المبيع وادعى المشتري أنه هو فالقول للمشتري «أنظر المادة ١٨٧» «رد المحتار».

وتصح اقالة الإقالة فإذا باع رجل من آخر حصاناً بألف قرش ثم تقايلا البيع ثم عادا فتقايلا الإقالة فذلك صحيح والحصان يعود إلى ملك المشتري إلا أنه لا يجوز إقالة بيع السلم لأن اقالته تتضمن الإبراء من المسلم فيه وبما أن المسلم فيه دين فيسقط بالإبراء والساقط لا يعود «أنظر المادة ٥١» «رد المحتار».

ولا يجوز تعليق الإقالة عل شرط فإذا اشترى رجل من آخر حصاناً بألف قرش فقال البائع للمشتري قد بعته منك رخيصاً فقال المشتري إذا طلبه طالب بأكثر من هذا الثمن **فبعه** فباع البائع الحصان بألف ومائة قرش قبل أن يتسلمه من المشتري فلا يصح البيع الثاني «رد المحتار. الهندية».



الباب الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بالمبيع وينقسم إلى اربعة فصول

الفصل الأول

في حق شروط المبيع وأوصافه

﴿المادة ١٩٧﴾ يلزم أن يكون المبيع موجوداً.

وذلك كما ذكر في المادة ١٠٥ أن البيع عبارة عن مبادلة مال بمال والمال كما في المادة ١٢٦ ما يمكن احرازه وادخاره ولما كان المعدوم لا يمكن احرازه ولا ادخاره فليس بمال والبيع بما ليس بمال فبيع المعدوم باطل (أنظر المادة ٢٠٥) مثلاً إذا باع رجل من آخر ألف كيلة حنطة ولم يكن شيء من الحنطة في ملكه حين البيع فالبيع باطل فإن كان في ملكه خمسمائة كيلة منها فالبيع باطل في الباقي ولا يشترط امكان الانتفاع بالمبيع في المال فيجوز بيع مهر الفرس الصغير الذي لا ينتفع به في الحال (الهندية. الكفوي) اما إيجار مالاً ينتفع منه في الحال فلا يجوز لأن المعول عليه في الإجارة المنفعة فلا يصح إيجار المهر لعدم إمكان الانتفاع منه.

﴿المادة ١٩٨﴾ يلزم ان يكون المبيع مقدور التسليم

وعلى ذلك فبيع المال الذي لا يمكن تسليمه ولا يقدر عليه كبيع الدابة الفارة والطير الطائرة باطل (أنظر المادة ٢٠٩) حتى لو ان رجلاً باع دابته الفارة فعادت اليه بعد البيع وسلمها الى المشتري فلا ينقلب البيع الى الصحة (بحر) (انظر المادة ٥٢).

﴿المادة ١٩٩﴾ يلزم أن يكون المبيع مالاً متقوماً.

يشترط في المبيع أن يكون مالاً فبيع مالاً يعتبر مالاً باطل (أنظر المادة ٢١٠) ويشترط أيضاً أن يكون المال متقوماً أي يباح الانتفاع به فبيع المال غير المتقوم باطل (أنظر المادة ٢١١)ويشترط أيضاً لعدم فساد البيع أن يكون الثمن مالاً متقوماً وهذا الشرط ليس من شروط انعقاد البيع فشراء مال بثمن غير متقوم مفسد للبيع (رد المحتار) (أنظر المادة ٢١٢).

﴿المادة ٢٠٠﴾ يلزم أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري.

هذا إذا كان المبيع لا بد فيه من التسلم والتسليم فإن لم يكن كذلك فالجهالة فيه لا تمنع صحة البيع وعلى هذا إذا اشترى رجل من آخر متاعه الذي عنده بثمن معلوم وكان مقداره غير معلوم للمتبايعين فالبيع صحيح (مجمع الأنهر) (أنقروي) فإن كان المبيع لا بد فيه من التسليم والتسلم وجب أن يكون المشتري عالماً به على وجه لا يدع سبيلاً للنزاع لأن جهالة المبيع تمنع من تسليمه وتسلمه وتؤدي إلى تنازع المتبايعين ويصير العقد بها غير مفيد وكل عقد يؤدي إلى النزاع فاسد. فبيع المال المجهول الذي يؤدي إلى النزاع بين المتبايعين فاسد كبيع شاة غير معينة من قطيع غنم (أنظر المادة ٢١٢).

وقد ذكر في متن المجلة أن المبيع يجب أن يكون معلوماً للمشتري وهذا التقييد يؤخذ منه أن لا يشترط أن يكون المبيع معلوماً للبائع فعلى هذا إذا قال رجل لآخر ان أرضك التي تحت يدي لا تصلح لشيء وقد اشتريتها منك بخمسين قرشاً فقال الآخر قد بعتكها فالبيع صحيح وليس للبائع خيار الرؤية (أنظر المادة ٣٢٢) وكذلك إذا باع حصته في دار وكان المشتري عالماً بمقدار تلك الحصة فالبيع صحيح عند محمد ولو كان البائع لا يعرف مقدار حصته فيها (رد المحتار) الا أنه إذا كان في البيع غبن وتضرير ثبت للبائع خيار الغبن والتضرير كما سيرد في المادة ٣٥٧.

﴿المادة ٢٠١﴾ يصير المبيع معلوماً ببيان أحواله وصفاته التي تميزه عن غيره مثلاً لو باعه كذا مداً من الحنطة الحمراء أو باعه أرضاً مع بيان حدودها صار المبيع معلوماً وصح البيع.

إن طرق العلم بالمبيع تختلف باختلاف المبيع ومن طرق العلم به أولاً بالإشارة ثانياً بالخواص التي تميزه عن سواه وهي مقداره وحدوده وصفاته ثالثاً مكانه الخاص رابعاً بإضافة البائع المبيع إلى نفسه خامساً ببيان الجنس على قول.

طريق العلم بالإشارة

إذا كان المبيع مشاراً إليه فان كان مكيلاً أو موزوناً فلا حاجة إلى بيان مقداره ووصفه لأن الجهالة تنتفي بالإشارة ويستثنى من ذلك ثلاثة مواضع الأول أن يكون المبيع من الأموال الربوية التي تلاقي المبيع في الجنس. الثاني: السلم. الثالث: إذا كان رأس مال الثمن مكيلاً أو موزوناً ففي هذه المواضع الثلاثة لا تكفي الإشارة فيجب بيان مقدار المبيع وصفته في مبادلة حنطة بحنطة لا تكفي الإشارة بل يجب التساوي في الكيل (مجمع الأنهر).

طريق العلم ببيان الصفات والحدود

وتكون بالقول مثل بعت كذا كيلة حنطة من الجنس الفلاني أي بذكر صفته ومقداره أو بعت الأرض المحدودة بكذا وكذا أو بعت الأرض في الموقع الفلاني والتي هي عبارة عن كذا ذراعاً ببيان مقدار المبيع فيكون المبيع معلوماً والبيع صحيحاً ذاتاً ووصفاً (بزازيه) وعلى هذا إذا ذكر مقدار المقدرات ووصفها فالبيع صحيح وكذلك لو قال شخص لآخر بعتك الحصان الذي اشتريته من

فلان وكان الحصان الذي شراه من ذلك الشخص واحداً فالبيع صحيح.

العلم ببيان الجنس

إن المبيع الذي يذكر جنسه يصح البيع فيه ولو لم يذكر مقداره ووصفه ولم ينسبه البائع إلى نفسه ولم يشر في البيع إلى مكانه لأن المبيع إذا لم يلائم المشتري أمكنه رده بخيار الرؤية ولا جهالة تؤدي إلى النزاع (رد المحتار) فعلى هذا إذا باع البائع مالاً غير متفاوت كالحنطة مثلاً بدون أن يشير إلى مكان المبيع الخاص أو ينسب المبيع إلى نفسه فإن كان كل المبيع وقت البيع في ملك البائع فالبيع صحيح وإن لم يكن في ملكه فاشتراه وسلمه فليس بصحيح (بزازية) ولذلك إذا باع رجل من آخر ألف كيلة حنطة في ملكه بثمن معلوم وقبل المشتري البيع فالبيع ينعقد (انقروي) وإذا كان المشتري يعرف مكان الحنطة وقت البيع فلا خيار له فإذا كان لا يعرف مكان المبيع حين البيع فله الخيار بالمادة ٢٨٦ (مشتمل الأحكام) ولا يشترط لصحة هذا البيع أن تكون الحنطة في مكان واحد بل متى كانت هذه الحنطة في بلد واحد فسواء أكانت تلك الحنطة في مكان واحد من البلد أم في أكثر فالبيع صحيح سواء كان ثمنها نقداً أو نسيئة وكذلك إذا كانت الحنطة جميعها في البر فالبيع صحيح والذي ينفي صحة البيع أن يكون بعض الحنطة في البلد وبعضها في البر (بزازية).

العلم بالإشارة إلى مكان المبيع الخاص - وذلك كأن يقول البائع: بعت جميع ثيابي التي في هذا الصندوق أو هذه الخزانة أو في غرفتي هذه ففي مثل هذا المثال يكون المبيع معلوماً والبيع صحيحاً ولهذا خمس صور: الأولى أن يقول البائع بعت جميع الدقيق والبر والثياب التي في هذه القرية. الثانية أن يقول بعت جميع ما في هذا الدار. الثالثة أن يقول بعت جميع ما في هذه الغرفة. الرابعة أن يقول بعت جميع ما في هذا الصندوق. الخامسة أن يقول بعت جميع ما في هذه الأكياس. فهذه الصور الخمس تنقسم إلى وجهين أحدهما أن يكون المشتري عالماً بما في هذه المواضع من الأموال الثاني أن يكون البيع جائزاً في جميع الصور الخمس وعلى الوجه الثاني البيع غير جائز في الصورة الأولى والثانية أي القرية والدار وجائز فيما عدا ذلك (انقروي). وكذلك إذا باع رجل آخر بغلته التي في الأصطبل الفلاني أو في الموضع الفلاني ولم يكن في الاصطبل أو الموضع بغلة غيرها فالمبيع معلوم والبيع صحيح.

العلم بالمبيع بإضافة البائع المبيع إلى نفسه - وذلك كأن يقول البائع قد بعت حصاني الذي في المكان الفلاني فالبائع هنا أضاف المبيع إلى نفسه وأشار إلى مكانه الخاص فالبيع في هذا صحيح بالاتفاق أما إذا قال البائع للمشتري بعتك حصاني واقتصر على اضافة المبيع في نفسه دون أن يعين مكانه وكان للبائع حصان واحد فقط فالمبيع معلوم والبيع صحيح على قول وغير صحيح على قول (المحيط) وهو الأصح. لكن إذا اتفق المتبايعان على أن البيع هو نفس الحصان فالبيع جائز (هندية) (بزازية) وإذا كان للبائع حصانان أو أكثر فلا يصح البيع إلّا بتعيين الحصان المبيع.

﴿المادة ٢٠٢﴾ إذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع تكفي الإشارة إلى

عينه مثلاً لو قال البائع للمشتري بعتك هذا الحصان وقال المشتري اشتريته وهو يراه صح البيع.

لأن الإشارة الحسية أبلغ أنواع التعريف ولا حاجة مع الإشارة إلى تحديد المبيع أو وصفه أو بيان مقداره لأن جهالة ذلك لا تؤدي إلى النزاع بعد الإشارة إلى المبيع فلا تفسد البيع «أنظر المادة ٢٦٥» وعلى هذا إذا باع إنسان صبرة حنطة مشيراً إليها بثمن معلوم فقبل المشتري البيع فالبيع صحيح ولا حاجة إلى بيان مقدار كيلات هذه الصبرة «أنظر المادة ٣١٧» وإذا كان المبيع مشاراً إليه وذكر باسم جنس غير جنسه فلا يخل ذلك بالبيع فإذا قال رجل لآخر بعتك هذا الحمار فقبل الآخر مع أن المبيع المشار إليه ليس حماراً بل حصاناً وكلا المتبايعين يعلم ذلك فالبيع صحيح كما تقدم في شرح المادة ٦٥. وتمثيل المجلة بالحيوان الذي هو من الأموال القيمية يقصد منه الإشارة إلى إخراج الأموال الربوية من هذا الحكم «مجمع الأنهر» «أنظر شرح المادة السابقة».

﴿المادة ٢٠٣﴾ يكفي كون المبيع معلوماً عند المشتري فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر

لأن الجهالة في المبيع لا تضر البائع بل تضر المشتري فلذلك يشترط معرفة البائع للمبيع وعلمه به وتشترط معرفة المشتري وعلمه بالمبيع فإذا اشترى رجل من آخر داراً يعلم حدودها سابقاً بدون ذكر لحدودها وقت البيع فليس له فسخ البيع بدعوى أن حدود الدار لم تذكر في عقد البيع «أنظر المادة ١٧٦» كما أن المشتري إذا كان لا يعلم حدود العقار المبيع أو لم تذكر الحدود حين البيع فالبيع جائز إذا لم يقع بين المتعاقدين تجاحد وصدق البائع أن المبيع هو الذي يدعيه المشتري (انقروي) «أنظر المادة ٢٠١».

﴿المادة ٢٠٤﴾ المبيع يتعين بتعيينه في العقد. مثلاً لو قال البائع بعتك هذه السلعة وأشار إلى سلعة موجودة في المجلس إشارة حسية وقبل المشتري لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها وليس له أن يعطي سلعة غيرها من جنسها.

يتعين المبيع بالتعيين الذي يتعين به في العقد في حق المتبايعين لأن المقصود من البيع سواء أكان المبيع من القيميات أم المثليات «أنظر المادة ١٥١».

وكذلك إذا أشار البائع إلى صبرة حنطة وقال للمشتري قد بعتك هذه الصبرة فقبل المشتري البيع فعلى البائع أن يسلم تلك الصبرة عينها وليس له أن يمسك الحنطة المشار إليها ويسلم المشتري حنطة مثلها أو أجود منها وصفا «كفاية» ولفظ «الإشارة بحسية» الوارد في هذه المادة ليس للاحتراز فإذا عين المبيع بغير الإشارة الحسية كالتعريف أو الوصف أو غيرهما فعلى البائع أن يسلم ذلك المبيع المعين وعلى المشتري أيضاً أن يأخذه. ولفظ المبيع للاحتراز عن الثمن وسيجيء حكمه في المادة ٢٤٣.

الفصل الثاني

فيما يجوز بيعه وما لا يجوز

﴿المادة ٢٠٥﴾ بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلاً

المعدوم إما أن يكون معدوماً حقيقة أو معدوماً عرفاً والمعدوم عرفاً هو المتصل اتصالاً خلقياً بغيره وبيع المعدوم سواء أكان حقيقة أم عرفاً باطل «أنظر شرح المادة ١٩٧» مثال ذلك إذا باع رجل من آخر عنب كرمه وهو زهر أو مهر فرسه وهو جنين أو زرع أرضه قبل أن يبدو صلاحه أي ينفصل الثمر من الزهر وينعقد ولو صغيراً فالبيع باطل وكذلك بيع حق التعلي لأنه بيع معدوم وكذلك بيع التبن وهو في السنبل قبل التذرية باطل لأن التبن لا يكون من السنبل إلّا بعد الدراس فبيعه قبل ذلك بيع للمعدوم وكذلك بيع البصل والثوم واللفت في بطن الأرض وهو لا يعلم وجوده بطريق من الطرق فبيع ذلك كله غير صحيح فإذا نبت وعلم وجوده في الأرض فبيعه صحيح (الخلاصة) وكذلك بيع بذر البطيخة قبل كسرها باطل أما بعد الكسر فصحيح وبيع حق وضع الأخشاب على الحائط أو وضع الأقذار في العرصة غير صحيح وكذلك بيع الإنسان ما ليس في ملكه حين البيع وأن ملكه بعده كبيع حنطة وحذاء ما لم يكن بيع سلم أو استصناع «الخلاصة» والحاصل أنه إذا باع إنسان ما سيملكه فيما بعد كالحنطة أو السفينة التي سيصنعها أو الجلود فالبيع باطل أما إذا وقع البيع على سبيل السلم أو الاستصناع وروعيت شرائطهما فالبيع صحيح. قد تقدم أن المعدوم عرفاً هو المتصل اتصالاً خلقياً بغيره فبيع المتصل بغيره وحده حال اتصاله باطل بخلاف اتصال الجذوع والثوب فانه يصنع العبا «ابن ملك. رد المحتار» أمثلة المعدوم عرفاً بيع اللبن وهو في الضرع وأحشاء الشاة وهي حية أو لحمها أو كليتيها أو رأسها أو جلدها أو صوفها وبيع الزيت في زيتونه وعصير العنب في حبه قبل استخراجهما كل ذلك باطل حتى لو ذبح البائع الشاة بعد البيع وسلم الجلد إلى المشتري فالبيع لا يحول عن بطلانه «أنظر شرح المادة ١٧٥» لأن هذه الأشياء معدومة عرفاً فأما اللبن في ضرع الشاة فهو باطل لأنه لا يعلم هل انتفاخ ضرع الشاة لوجود لبن فيه أو ريح أو دم فلذلك لا يعتبر مالاً ولا سيما أن اللبن يحصل في الضرع شيئاً فشيئاً وبالتتابع فلو جاز البيع فيه لاختلط ملك البائع بملك المشتري وصوف الشاة الحية لا يجوز بيعه وهو متصل بها لأنه قائم بذلك الحيوان كسائر أطرافه بمنزلة الوصف ولا سيما أن الصوف يتزايد أيضاً وذلك يوجب اختلاط المبيع بغيره «رد المحتار علي أفندي» هذا وبيع المعدوم أي جعله مبيعاً باطل كما تقدم أما جعله ثمناً فصحيح أي يشترط في صحة البيع أن يكون ثمن المبيع موجوداً فإذا اشترى رجل من

آخر حيواناً بخمسين ريالاً أو عشرين كيلة حنطة ولم يكن في ملكه ولا في يده الخمسون ريالاً أو العشرون كيلة فالبيع صحيح.

ويستثنى من قاعدة بيع المعدوم مسألتان: الأولى البيع بالاستجرار فقد جوز استحساناً مع أنه بيع معدوم والبيع بالاستجرار يكون بغير مساومة بين المتابعين وبغير بيان الثمن كشراء السمن والأرز والحمص والملح وغيره من البدال «البقال» فهذا البيع صحيح وعلى المشتري أن يدفع قيمة المال الذي أخذه سواء أكان قيمياً أو مثلياً «رد المحتار» ولو كان ذلك البيع غير صحيح وباطلاً لوجب باستهلاك المال مثل ضمان المال ان كان مثلياً وضمان قيمته أن كان قيمياً الثانية بيع الدين من المدين ومثاله إذا كان لرجل في ذمة آخر خمسون كيلة حنطة فأخذ الدائن من المدين خمسين ريالاً بدلاً من الخمسين كيلة فذلك صحيح «بهجة» إلا أنه يشترط قبض البدل في المحل عينه وإلا فالعقد باطل.

﴿المادة ٢٠٦﴾ الثمرة التي برزت جميعها يصح بيعها وهي على شجرها سواء كانت صالحة للأكل أم لا.

لأنه كما ذكر في شرح المادة ١٩٧ لا يشترط في البيع أن يكون المبيع قابلاً للانتفاع معه في الحال ويجبر المشتري على قطف الثمر في الحال واخلاء ملك البائع حتى لو عقد البيع على أن يبقى الثمر على الشجر حتى يدرك ويصلح للأكل فالبيع فاسد (أنظر شرح المادة ١٨٩) فإذا عقد البيع مطلقاً أي من غير أن يشترط قطع الثمر عن الشجر في الحال فاثمر الشجر ثمراً آخر قبل قبض المبيع فسد البيع لتعذر تمييز المبيع من غيره حينئذ وهذه حال تشبه حال هلاك المبيع قبل التسليم أما إذا أثمر الشجر بعد قبض المبيع فالبائع والشاري شريكان فيه لاختلاط ما يملكان (أنظر المادة ١٠٦٠) فإذا كان الثمر لم يزهر فالبيع غير جائز(أنظر المادة السابقة) وكذلك بيع الحنطة في سنبلها بغير جنسها صحيح والبائع ملزم بحصاد الحنطة ودراسها وتسليمها للمشتري بعد ذلك. مثال ذلك: لو قال البائع بعت ما في مزرعتي هذه من الحنطة بخمسمائة قرش أو بهذه البغلة وقبل المشتري المبيع فالبيع صحيح ويجب على البائع حصاد الحنطة ودراسها وتسليمها إلى المشتري أما إذا باع البائع الحنطة مع تبنها وسنبلها فليس بملزم بالحصاد والدراس «رد المحتار».

﴿المادة ٢٠٧﴾ ما تتلاحق افراده يعني أن لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء كالفواكه والأزهار والورق والخضروات إذا كان برز بعضها يصح بيع ما سيبرز مع ما برز تبعاً له بصفقة واحدة.

قد جوز هذا البيع استحساناً للعرف والتعامل فالبيع أصلاً في الموجود وتبعاً في المعدوم (انقروي،

أنظر مضبطة المجلة) أما بيع الثمر الذي لم يبرز منه شيء فبيعه باطل كما مر في المادة (٢٠٥).

وبعض الفقهاء يشترط لجواز هذا البيع أن يكون الثمر الذي ظهر أكثر مما لم يظهر ليكون للأكثر حكم الكل وبعض العلماء لا يشترط هذا الشرط والظاهر من المجلة اختيار القول الثاني.

﴿المادة ٢٠٨﴾ إذا باع شيئاً وبين جنسه فظهر المبيع من غير ذلك الجنس بطل البيع فلو باع زجاجاً على أنه الماس بطل البيع.

في المثال الأول المبيع أدنى من المشروط وفي الثاني على (رد المحتار) وكذلك لو اشترى رجل من آخر بزراً على أنه بزر بطيخ فظهر أنه بزر قرع فالبيع باطل وعلى المشتري أن يرد ذلك البزر عيناً ان كان موجوداً ومثله ان كان مستهلكاً وإذا كان الثمن قد دفع إلى البائع استرد منه (رد المحتار)

وقد فهم من لفظ «جنس» في هذه المادة أنه لو بين الوصف وظهر خلافه فالبيع يبطل باختلاف الوصف كما يبطل باختلاف الجنس (أنظر المادة ٣١٠)

﴿المادة ٢٠٩﴾ بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر أو حيوان نادر لا يمكن امساكه وتسليمه.

(أنظر المادة ١٩٨) أما بيع ما يستلزم تسليمه ضرراً فهو بيع فاسد وكذلك بيع الجاموسة المستوحشة التي هي غير مقدورة التسليم غير صحيح وفي هذه المادة تقييد المبيع بكونه غير مقدور التسليم فإن كان مقدور التسليم فالبيع صحيح فلو باع إنسان حمامه الطائر الذي اعتاد أن يأوي إلى برجه ويمكن تسليمه فالبيع صحيح وان كان هذا الحمام ليس في برجه وقت البيع «الهندية» لأن المعلوم عادة كالواقع وتجويز كونها لا تعود أو عروض عدم عودها لا يمنع جواز المبيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض.

ثم إذا عرض الهلاك انفسخ. كذا إذا فرض عدم وقوع المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ (رد المحتار)

استثناء: يجوز بيع الحيوان النادر ممن يقر بوجوده عنده. مثال ذلك: إذا فر حيوان إنسان فجاءه رجل وقال له إن حيوانك عندي بعني إياه بكذا قرشاً فباعه منه والمشتري قبل البيع فالبيع صحيح (الهندية) وإذا كان تسليم المبيع مقدوراً غير أنه موجب للضرر فالبيع فاسد ويتفرع على ذلك المسائل الآتية:

١- إذا باع رجل جسر خشب من جسور داره وكان قلعه من مكانه مستلزماً لتشعث بناء الدار فالبيع فاسد.

٢- إذا باع إنسان حصة شائعة في الزرع الذي لم يدرك من آخر غير شريكه فالبيع غير صحيح لأنه لا يمكن تسليم الزرع المبيع قبل حصاد الزرع كله وبما أن المشتري سيطلب تسليم حصته فالبائع يلحقه الضرر في حصته التي لم يبعها لأن كل جزء من النبات يصبح مشتركاً بينهما فإذا حصل البيع على هذا الوجه وطلب المشتري قلعه لم يسمح له وانفسخ البيع بطلب أحد المتبايعين «أنظر المادة ٩١» والبائع هنا لم يتعمد الاضرار بنفسه بعقده هذا العقد إذ ليس في عقد البائع للبيع ضرر فليس هو إلا عقد وإنما الضرر يقع اثناء التسليم (رد المحتار) «أنظر المادة ٣٧٣» أما إذا هدم البائع داره وسلم المشتري الجسر الذي باعه منه ولم يطلب المشتري قلع الزرع وسكت حتى ادرك الزرع فالبيع ينقلب إلى الصحة وليس للمشتري حينئذ فسخ البيع« الهندية» (أنظر المادة ٢٤) وإذا كان الجسر المبيع غير معين حين البيع فإذا فعله بعد ذلك من البناء وسلمه إلى المشتري فالبيع باطل (رد المحتار) وفي فتح القدير أن البيع في هذه الصورة أيضاً ينقلب صحيحاً ويزول المفسد بالتسليم وترتفع الجهالة. ولما كان بيع بعض الثوب الذي يستلزم تبعيضه ضرراً فاسداً كما ذكر في شرح المادة ٥٢ فقول الدر المختار اصح .

٣- لو أن رجلاً باع ذراع جوخ من جبته المخيطة فالبيع فاسد لأن في قطع ذراع من الجبة وتسليمه إلى المشتري ضرراً للبائع.

٤- لو أن إنساناً باع نصف داره المشاع واستثنى صحن الدار وساحتها فبما أن المشتري سيطلب هدم نصف الدار فيلحق البائع ضرر في النصف الآخر الذي لم يبعه فالبيع فاسد أما إذا بيع بعض ما لا يستلزم تبعيضه ضرراً فالبيع صحيح كأن يبيع إنسان من آخر خمسة اذرع من ثوب جوخ.

﴿المادة ٢١٠﴾ بيع مالاً يعد مالاً بين الناس والشراء به باطل مثلاً لو باع جيفة أو ادمياً حراً أو اشترى بهما مالاً فالبيع والشراء باطلان.

أي باطل في الصورتين وفي البدلين يعني إذا كان المبيع ليس مالاً عند أحد من الناس على اختلاف مللهم ونحلهم وكان المال الذي جعل بدله ديناً ثابتاً في الذمة أو عرضاً فالبيع باطل في البدلين كما أنه إذا كان البدل ليس بمال والمبيع مالاً أو غير مال فالبيع باطل أيضاً في البدلين لأن البيع مبادلة مال بمال وهنا مبادلة مال بغير مال فـه فقد ركن من البيع (رد المحتار) وكذلك بيع الدم المسفوح أو حبة من الحنطة وشراء شيء بهما باطل لأنهما ليسا بمال.

والذي ذكر في المجلة بطلانه من هذا النوع بيع غير المال فقط بغير المال فقط أما إذا جمع بين ما هو مال وما ليس بمال فلم تتعرض المجلة له وحكمه البطلان احياناً في الجميع ومثاله إذا بيع

آدمي حر أو لحم ميتة أو مسجد عامر مع ما هو مال متقوم صفقة واحدة فصل الثمن أم لم يفصل فالبيع باطل عند الإمام في الآدمي الحر أو في لحم الميته أو في المسجد وفي المال المتقوم معاً (الهندية) أما عند الصاحبين فإن فصل الثمن فالبيع في المال المتقوم صحيح بحصته من الثمن وعلة هذا الاختلاف بين الائمة أن الإمام يرى أن العقد لا يتعدد بمجرد تفصيل الثمن بل لا بد لتعدد العقد من تكرار الإيجاب في كل مبيع يفصل ثمنه والصاحبان يريان أن العقد يتعدد بمجرد تفصيل الثمن بدون حاجة إلى تكرار الإيجاب (أنظر شرح المادة ١٧٩) (رد المحتار).

أما إذا باع رجل مزرعته أو ضيعته المشتملة على مسجد أو مقبرة ولم يستثن حين البيع المسجد أو المقبرة من البيع فالبيع صحيح في المزرعة والضيعة ولو لم يستثن المقبرة أو المسجد من البيع لأن المقبرة والمسجد مستثنيان من البيع عادة أنظر المادة (٣٦) فلا يدخلان في ضمن المبيع ولا يقع البيع إلا على المزرعة أو الضيعة.

وأحياناً يصح البيع وذلك في الملك فقط مثال ذلك: إذا باع إنسان وقفه المعمور بماله صفقة واحدة ولو كان هذا الوقف محكوماً به ومسجلاً فالبيع صحيح في ماله بحصته من الثمن وباطل في الوقف كما لو باع إنسان من آخر ماله ومال غيره صفقة واحدة فالبيع صحيح ولازم في ماله بحصته من الثمن وغير لازم في مال غيره (أنظر المادة ٣٧٨) وكذلك لو باع رجل ضيعته المشتملة على مساكن عديدة وأدوات زراعية وحيوانات وما يتبع ذلك من المزارع المسجلة عليه في (الطابو) من الأراضي الأميرية صفقة واحدة بلا إذن من صاحب الأرض(مأمور الدفتر الخاقاني) فالبيع صحيح فيما يملك من ذلك بحصته من الثمن وباطل في الأراضي الأميرية إذ لا يصح له أن يتصرف فيها بدون إذن صاحب الأرض وكذلك لو باع إنسان داره مع عرصة الوقف التي هي واقعة تحت تصرفه بالإجارتين صفقة واحدة فالبيع صحيح في الدار التي يملكها بحصتها من الثمن باطل في الأرض الموقوفة إذ لا يجوز الفراغ من أرض الوقف بغير إذن المتولي والمقصود من قولنا(حصة الشيء من الثمن)أن يقسم الثمن المسمى على المبيع الملك منه والوقف بالنسبة إلى قيمتهما كليهما وسيبين كيفية حل هذه المسألة الحسابية في شرح المادة (٣٤٦).

بيع كل شيء محرز يباح الانتفاع به جائز وبعبارة اوضح مدار جواز البيع على حل الانتفاع فلذلك يجوز بيع النحل الذي يأوي إلى خلاياه وان لم يكن في خلاياه عسل وكذلك دود الحرير وبزره والكلب المعلم أو القابل للتعليم والهرة والطير والفيل والعقاب والباشق وكل حيوان يمكن الانتفاع به (رد المحتار).

﴿المادة ٢١١﴾ بيع غير المتقوم باطل.

كالموقوذة فإنها وان كانت عند بعض الناس مالاً مقوماً فإنها عند الآخرين مال غير مقوم فبيعها بذهب أو فضة أو مكيل أو موزون أو دين ثابت في الذمة باطل فلا يملك المشتري المبيع ولا

البائع الثمن سواء أكان البيع حالاً أو مؤجلاً لأن المقصود من البيع عين المبيع لأن الانتفاع إنما يكون به وليس المقصود الثمن إذ هو ليس إلا وسيلة إلى المبيع ولذلك يجوز أن يبقى في الذمة مجمع «الأنهر» ولأن **كرى** الأرض وكرى الأنهار غير متقوم فبيعهما باطل إذا بيعا بدين أما إذا بيعا بعين فالبيع في تلك العين فاسد **وفيهما** باطل وسيتضح ذلك في المادة الآتية والخلاصة أن بيع المال غير المتقوم باطل فإذا كان المقابل للمبيع ديناً فالبيع فيهما أيضاً باطل وإذا كان عرضاً بأن يكون على سبيل المقايضة فالبيع في العرض فاسد والبائع يملكه عند القبض «أنظر المادة الآتية والمادة ٣٧١» وكلمة «متقوم» الواردة في هذه المادة مستعملة في معناها الشرعي «رد المحتار» **«أنظر المادة ١٢٧»**.

﴿المادة ٢١٢﴾ الشراء بغير المتقوم فاسد.

وتجري على هذا البيع الفاسد أحكام المادتين ٣٧١و ٣٨٢ أما البيع بالمال غير المتقوم فباطل «أنظر المادة السابقة» لأن المقصود الأصلي من البيع هو المبيع «أنظر مادة ١٥١». مثال ذلك: لو بادل إنسان آخر حيوانه الميت خنقاً ببغلة الآخر فالبيع في الحيوان الميت باطل وفي البغلة فاسد لأن هذا الحيوان الميت خنقاً مال في الجملة ويمكن اعتبارها ثمناً «أنظر شرح المادة ١٩٩» إذ الحيوان المخنوق مال عند بعض الناس أما شراء المال بما لا يعد مالاً عند أحد فهو باطل كما سبق ذكره في المادة ٢١٠ «الدر المختار».

﴿المادة ٢١٣﴾ بيع المجهول فاسد فلو قال البائع للمشتري بعتك جميع الأشياء التي هي ملكي وقال المشتري اشتريتها وهو لا يعرف تلك الأشياء فالبيع فاسد.

هذا فيما يحتاج للتسليم والتسلم كبيع شاة غير معينة من قطيع غنم (الهندية) «أنظر المادة ٢٠٠» لأن جهالة المبيع مؤدية إلى النزاع والجهالة في المبيع إذا أدت إلى النزاع فهي مفسدة للبيع لأن المقصود من البيع والشراء أن يملك المشتري المبيع والبائع الثمن بلا منازع ولا مزاحم وإذا كان المبيع مجهولاً فالبائع يسلم نوعاً منه إلى المشتري والمشتري يطالب البائع بأن يسلمه نوعاً آخر فيقع النزاع بينهما وعلى ذلك لا يتم العقد بينهما أما بيع المجهول جهالة لا تؤدي إلى النزاع فلا يفسد البيع كبيع احدى بغلتين على أن يكون للمشتري اختيار أي البغلتين شاء «أنظر المادة ٣١٦» أو كبيع كيلة حنطة من صبرة حنطة أو جميع ما في غرفة أو كيس من المال «رد المحتار» **«أنظر المادة ٢٠١»**.
والمقصود من المجهول هنا ما يحتاج إلى التسليم والتسلم كما تقدم أما المجهول الذي لا يحتاج إلى ذلك فبيعه جائز كأن يقر رجل بأن في يده مالاً لآخر وصل إليه بطريق الغصب أو الإيداع ويشتريه من الآخر الذي أقر له بالمال «طحطاوي» ونورد ههنا أمثلة لبيع المجهول: إذا قال البائع بعت داراً أو بغلة وكان المشتري لا يعلم أية دار أو بغلة بيعت منه فالبيع غير صحيح لأن البغلة قد تحتمل أن تكون بغلته وأن تكون بغلة غيره فيكون المبيع مجهولاً جهالة فاحشة.

إذا كان عند رجل نوعان من الحنطة فباع أحدهما من غير تعيين فالبيع غير صحيح «مشتمل الأحكام» «أنظر المادة ٢٠١». إذا كان للبائع أموال قيمية فأشار إلى اثنين منها وقال للمشتري بعتك أحد هذين ولم يجعل له اختيار أيهما شاء وبعبارة أخرى إذا لم ينص البائع على تخيير المشتري خيار التعيين فالبيع فاسد لجهالة المبيع حتى لو قبض المشتري المالين فتلفا ضمن نصف قيمتهما كليهما لأن أحدهما حسب المادة ٣٧١ مضمون بقيمته والآخر وديعة في يد المشتري ولأن كلاً منهما يجوز أن يعتبر وديعة أو مضموناً فالضمان واعتبار الإيداع شائعان فيهما أي ساريان في كلا المالين فينقسمان بينهما أما إذا تلفا على التعاقب أي تلف أحدهما بعد الآخر فالمشتري يضمن التالف أولاً ويبقى الآخر وديعة في يده لا يضمنها إلّا بالتعدي أو التفريط[1] حسب المادة ٧٦٨ «رد المحتار» فإذا كان المبيعان في هذه المسألة متفاوتي القيمة وادعى المشتري أن المال الذي تلف أولاً هو المال الأقل قيمة وادعى البائع أنه الأكثر فالقول للمشتري «أنظر المادة ٨» أما إذا أقام الاثنان البينة فترجح بينة البائع «رد المحتار» «أنظر المادة ٧٧».

إذا باع أحد الورثة حصته الارثية من تركة المتوفي المجهولة فالبيع غير صحيح حتى أن إبراء البائع للمشتري من دعوى الحصة المذكورة غير صحيح والبيع يفسخ «علي أفندي» «أنظر المادة ٥٢». إذا بيع البطيخ على أن يكون حلواً والسمسم أو الزيتون على أن يكون حاوياً لمقدار معين من الزيت وبيدر الأرز على أن يكون فيه كذا قنطاراً من الأرز وقطيع الغنم أو البقر أو غيرهما مما يباع للذبح على أن يخرج منه كذا رطلاً من اللحم أو البقرة على أن يحلب منها مقدار معين من اللبن فالبيع فاسد لتعذر معرفة المقدار قبل العمل «الهندية». بيع عدد من القيميات والعدديات المتفاوتة مع استثناء مقدار غير معين من المبيع يفسد البيع «الهندية» مثال ذلك: إذا باع رجل من آخر داراً وشرط في البيع استثناء غرفة غير معينة من الدار واخراجها من المبيع فالبيع فاسد كذلك لو باع قطيع غنم على شرط أن يبقى له شاتان غير معينتين فالبيع فاسد لأن في هذا البيع جهالة في المبيع «بزازية – رد المحتار – تنقيح» وذلك أنه إذا استثني من المعلوم مجهول صار الباقي مجهولاً. إذا بيع مقدار من الأموال القيمية على أن عدده كذا فظهر أن عدده أقل أو أكثر مما ذكر فالبيع فاسد «الدر المختار». بيع الملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر فاسد لفساد المبيع وبيع الملامسة أن يلمس المشتري متاعاً من جملة أمتعة من غير تأمل ويعد ما لمسه مبيعاً منه وبيع المنابذة أن يرمي أحد المتعاقدين بالسلعة إلى الآخر من غير نظر إليها على أنه قد باعها منه والبيع لازم وبيع إلقاء الحجر هو أن يرمي أحد العاقدين أمتعة الآخر بحجر فما أصابه الحجر فقد وقع عليه البيع فهذه البيوع الثلاثة فاسدة وإن سمي الثمن وإذا لم يسم الثمن كانت علة الفساد عدم تسميته وإذ سمي فعلة الفساد جهالة المبيع ولو عين المبيع فالبيع فاسد أيضاً وليست علة الفساد حينئذ لجهالة المبيع بل لتعليق التمليك

(١) والفرق بين الضمانين أن المشتري في الأول فيما لو كان المالان متفاوتي القيمة كأن يكونا حصانين قيمة أحدهما ألف والآخر ألفان يضمن خمسمائة وألفا وذلك نصف قيمة الحصانين كليهما وفي الثاني وهو ضمان قيمة الهالك الأول يضمن المشتري ألفي قرش ان كانتا قيمة الهالك الأول والألف ان كانت قيمة الهالك الأول (المعرب).

على خطر لأن البائع كأنما يقول للمشتري إذا وقع الحجر على متاع فقد بعته لك ومثل هذا البيع غير صحيح كما اتضح في شرح المادة ٨٧.

﴿المادة ٢١٤﴾ بيع حصة شائعة معلومة كالثلث والنصف والعشر من عقار مملوك قبل الإفراز صحيح.

مثال ذلك إذا باع إنسان من آخر حصته في الدار الفلانية فإذا كان الآخر عالماً بمقدار حصته في تلك الدار فالبيع صحيح إن كان البائع أيضاً عالماً بمقدار حصته أو مصدقاً للمشتري فيما بينه من مقدار حصته أما إذا كان المشتري لا يعرف الحصة فالبيع غير صحيح سواء أكان البائع يعرف تلك الحصة أم لا يعرفها «الهندية» «أنظر المادة ٢٠٠»

وتحت حكم هذه المادة الصورتان الآتيتان:

الأولى أن يكون العقار جميعه ملكاً لإنسان واحد فيبيع ثلثه ويبقي ثلثيه.

الثانية أن يكون العقار مشتركاً بين اثنين لكل منهما النصف مثلاً فيبيع أحدهما نصف حصته الشائعة من آخر ففي هاتين الصورتين يصح البيع ألا أنه يشترط عند الطرفين أن يكون المشتري عالماً بالحصة وعند الثاني لا يشترط ويصح البيع ولو كانت الحصة مجهولة ويستفاد من تعبير المجلة «بمعلوم» أنها اختارت قول الطرفين إلاّ أنه في البيع لأجنبي يكون للشريك حق الشفعة ولا يستغنى بهذه المادة عن المادة الآتية لأن المادة الآتية أعم من ملك العقار والمنقول وغاية ما في الباب أن العام قد ذكر بعد الخاص فلا يخلو من تكرار ولو أن المجلة حذفت من هذه المادة لفظة «العقار» لأفادت معنى المادة الآتية وأغنت عنها كل الإغناء وقد أوضحنا في شرح المادتين ١٣٨ و١٣٩ أن الحصة الشائعة هي السارية في جزء من الملك وعلى ذلك لا تكون إلاّ قبل الإفراز فعبارة «حصة شائعة» تغني عن عبارة «قبل الإفراز» كما أن الثانية تغني عن الأولى.

وعلى ذلك يجوز لمن يملك ملكاً مشتركاً مشاعاً مع آخر أن يبيع نصفه غير المعير من أجنبي وهذا النصف ينصرف إلى ما يملكه البائع من الدار المشتركة ويكون البيع صحيحاً ونافذاً لأن الأولى حمل تصرف الإنسان على الجواز ما أمكن أما إذا باع فضولي نصف مال شائع فالبيع ينصرف إلى نصيب الشريكين في تلك الدار لأنه لا مرجح لصرفه إلى حصة أحدهما دون حصة الآخر فإذا أجاز أحد الشريكين بيع ذلك الفضولي فالبيع ينصرف إلى حصة المجيز وهي النصف عند الإمام. الثاني وحكمة القول غير ظاهرة لأن البيع منصرف إلى نصف كل حصة من حصتي الشريكين أي إلى ربع جملة المبيع فكيف يصرف إلى حصة المجيز كلها ولو قلنا إن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فلا يصح ذلك أيضاً على هذا التقدير لأنه لو كان البائع الشريك نفسه انصرف البيع إلى نصف حصته فقط فإجازة بيع الفضولي في ذلك لم تكن إلاّ بمنزلة التوكيل لذلك الفضولي وعند الإمام

محمد وزفر ينصرف البيع إلى ربع المبيع وينفذ فيه فقط «هندية» لأن البيع وقت العقد انقسم إلى نصف كل حصة فينقسم كذلك بالضرورة في الإجازة.

إيضاح القيود - قيدت الحصة «بشائعة» في هذه المادة لأن الشريك إذا باع نصفاً معيناً من الدار المشتركة على وجه الشيوع بينه وبين شريكه الآخر فالبيع لا يجوز فلو باع الشريك غرفة معينة من الدار المشتركة بينه وبين آخر إلى أجنبي فالبيع غير صحيح في حصة البائع ولا في حصة شريكه لأن الغرفة التي بيعت ليست للبائع فقط بل للشريك الآخر شركة في كل جزء منها كما للأول «بزازية» والظاهر أن البيع في أحد النصفين جائز وفي الآخر موقوف على إجازة الشريك «الشارح» ان بيع أحد الشريكين حصته في المال المشترك بعد التقسيم والإفراز جائز بطريق الأولوية فلفظة «شائعة» ليست قيداً احترازياً وقد ذكرت المجلة في هذه المادة لفظ «عقار مملوك» لأن المستغلات الوقفية التي يتصرف فيها بالإجارتين والأراضي الأميرية لا يجوز بيعها كلها ولا بعضها ويجري فيهما الفراغ وهو إجارة على القول المختار مثال ذلك إذا كان رجلان يتصرفان في وقف بالإجارتين فلكل منهما أن يتفرغ من حصته لمن شاء بإذن المتولي وليس للشريك الآخر منعه من الفراغ وكذلك الحكم في الأراضي الأميرية غير أنه يلزم أيضاً لجواز الفراغ من الأراضي الأميرية إذن صاحب الأرض وفي فراغ الأراضي الأميرية المشتركة ليس للشريك حق الشفعة.

﴿المادة ٢١٥﴾ يصح بيع الحصة المعلومة الشائعة بدون اذن الشريك

سواء كان المشاع قابلاً للقسمة أو غير قابل عقاراً أو منقولاً «أنظر المادة ١٠٨٨» لأنه كما سيذكر في المادة ١١٩٢ لكل أن يتصرف في ملكه كما يشاء وهذا البيع من جملة التصرفات وعلى هذا كما يحق لأحد الشريكين أن يبيع العرصة المشتركة من شريكه فكذلك يحق له أن يبيع حصته من الأجنبي بدون اذن من شريكه وكما أن لمن يملك حصة في دار مشتركة أن يبيع حصته في تلك الدار مع عرصتها لشريكه فله أن يبيع هذه الحصة من الأجنبي ولشريكه حق الشفعة «أنظر الكتاب التاسع».

وكذلك: لمن يملك ثوباً أو بغلة أو حطباً أو شجراً أو غيره من متاع مشترك بينه وبين آخر أن يبيع حصته في ذلك المتاع من أجنبي بلا اذن شريكه إلاّ أنه إذا باع حصته من أجنبي فلشريكه حق الشفعة. وكذلك للشريك الذي يملك حصة شائعة في زرع أو ثمر إذا أدركا وأصبح حصاد الزرع وقطف الثمر غير مضران يبيع حصته فيه لشريكه أو لأجنبي كما له أن يبيعها ويبيع الأشجار مع الأرض المزروع فيها الزرع والشجر. وكذلك إذا فرغ إنسان مما يملك من الحصة الشائعة في أرض أميرية لأجنبي باذن صاحب الأرض وباع ما في تلك الأرض من حصته في المزروعات من هذا الأجنبي وكان هذا البيع بغير اذن شريكه فالبيع صحيح ولو لم يدرك ذلك الزرع (تنقيح) وكذلك يجوز بيع الزرع قبل تم الفراغ من الأرض بعد بأذن صاحب الأرض. وكذلك يجوز للشريك أن يبيع حصته الشائعة في الحبوب المشتركة كالحنطة التي صارت مشتركة بغير خلط الأموال واختلاطها

كالشراء والاتهاب والارث والوصية وإحراز المال المباح من إنسان أجنبي بلا اذن شريكه وليس للشريك أن يقول: إنني اعتبر البيع لأنني لم آذن به. ويخرج عن حكم هذه المادة ما استثني بالفقرة الأخيرة من المادة ١٠٨٨ ففي تلك الفقرة مالا يجوز للشريك أن يبيعه من غير اذن شريكه وسيبين في شرح تلك المادة تفصيلات ذلك المستثنى مع علل الاستثناء الموجبة.

رجع القول إلى إيضاح القيود - يقصد من قول المجلة «حصة شائعة» الاحتراز عن حصة شريكه فانه لا يسوغ له ذلك (أنظر المادة ١٠٧٥) فإذا حصة مشاركة لحصته فالبيع في حصة الشريك بيع فضولي يسوغ للشريك أن يجيزه إذا لم يكن ذلك مؤدياً إلى الإضرار به أما إذا باع إنسان حصته من أجنبي أو من بعض شركائه وكان في ذلك البيع ضرر ينتفي ببيعها من جميع شركائه فله أن يبيعها منهم جميعاً وليس له أن يبيعها من الأجنبي أو بعض الشركاء كما أنه إذا كان في بيعها للشريك ضرر فلا يجوز له أن يبيعها منه وعلى هذا إذا كان لجماعة أرض قام فيها بناء فليس لأحد هؤلاء الشركاء أن يبيع حصته الشائعة في البناء فقط من شريكه أو غيره لأن المشتري لهذه الحصة سواء كـان شريكاً أو غيره إذا اشتراها على أن يتركها قائمة في الأرض فالبيع فاسد (أنظر شرح المادة ١٨٩) فإذا لم يشترها على هذا الشرط فهو ملزم برفع ذلك البناء وإخلاء الأرض منه وينشأ عن ذلك ضرر والضرر لا يكون لازماً بالاذن «أنظر المادة ١٢٢٦».

وكذلك إذا كان لثلاثة رجال زرع في أرضهم المشتركة فباع أحد الشركاء حصته أجنبياً أو أحد شركائه من ذلك الزرع قبل إدراكه دون الأرض فإذا طلب المشتري أخذ حصته في الحال وقبل أن تدرك وقسمة الزرع فالبيع فاسد ولا يلتفت إلى طلب هذا ولا رضاء شريكه عن هذا البيع وللمشتري والبائع فسخ البيع (أنظر المادة ١٩ و٣٧٢) فأما إذا لم يطلب حصد حصته قبل إدراك الزرع فالبيع يعود إلى الصحة لأن المانع منها قد زال «أنظر المادة ٢٤» وكذلك إذا باع تلك الحصة إلى شريكيه اللذين يشاركانه في الزرع فإذا لم يطلب أخذ حصته فوراً وحصد الزرع قبل إدراكه فالبيع يعود إلى الصحة «رد المحتار، الهندية، الواقعات».

وكذلك إذا زرع إنسان أرض آخر على سبيل المزارعة فباع حصته الشائعة في ذلك الزرع قبل إدراكه من الآخر فالبيع صحيح أما إذا باع رب الأرض حصته الشائعة من المزارع فالبيع فاسد لأن رب الأرض إذا طلب تخلية أرض من الزرع فقد يتضرر بذلك المشتري «بزازية» أما إذا لم يطلب البائع تخلية أرضه وصمت إلى إدراك المحصول فالبيع صحيح «أنظر المادة ٢٤» ولهذه المسائل مزيد تفصيل في باب الشركة في التنقيح ورد المحتار فقف عليه.

﴿المادة ٢١٦﴾ يصح بيع حق المرور وحق الشرب والمسيل تبعاً للأرض والماء تبعاً لقنواته.

يجوز بيع الثلاثة الأول أي حق المرور وحق المسيل تبعاً للأرض وحق الماء تبعاً للقنوات وقد

جوز هذا البيع بالإجماع وفي «الأرض» احتمالان أحدهما أرض الطريق بأن يبيع رجل رقبة أرضه مع حق المرور وسيجيء مثال ذلك: ثانيهما أرض غير أرض الطريق بأن يكون لرجل بستان له حق المرور إليه من عرصة آخر فيبيع ذلك الرجل بستانه مع حق المرور الذي له في أرض جاره فبيع حق المرور تبعاً للبستان جائز بالإجماع والنص الوارد في المجلة يشمل الاحتمالين المذكورين إلا أن الاحتمال الأول هو المتبادر فالأولى حمل النص عليه فيكون المقصود منه الأرض التي لها حق المرور وحق المسيل. أما إذا بيع حق المرور وحق الشرب أو حق المسيل مع غير الأرض التي لم يكن ذلك تابعاً لها ففي جواز ذلك البيع خلاف سيجيء ذكره.

توضيح القيود - قيل في المادة «تبعاً للأرض» لأنه إذا بيع حق المرور مستقلاً فالبيع غير جائز على رواية لأن هذه الحقوق هي من الحقوق المجردة ولذلك عبارة «تبعاً للأرض» قيد احترازي على هذه الرواية وعلى رواية أخرى بيع حق المرور مستقلاً جائز وهذه الرواية أحرزت قبول عامة المشايخ. ويفهم من المادة ١١٧٨ التي تنص على إفراز حصة من الثمن لحق المرور وحق الشرب ترجيحها للرواية الثانية «فتح القدير، رد المحتار، عبد الحليم، الخادمي، الدرر الغر في البيع الفاسد» وعلى هذه الرواية لا تكون عبارة (تبعاً للأرض) في هذه المادة قيداً احترازياً إلا أن المجلة التي نصت على عدم جواز بيع حق المرور فحق الشرب وحق المسيل منفردة حسب الرواية المفتى بها تكون قد افتت فتياً مخالفة في نصها هذا لحكم المادة ١١٦٨.

أما بيع المسيل تبعاً للأرض فجائز وبيعه منفرداً غير جائز بالاتفاق وقد أشارت إلى ذلك المادة ١١٦٨ وفي هذه المادة الإيضاحات الكافية. ووجه الفرق بينه وبين حق المرور أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق وأما المسيل فإن كان على السطح فنظير حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات لأنه ليس حقاً متعلقاً بما هو مال بل بالهواء وإن كان على الأرض وهو أن يسيل الماء عن أرضه كي لا يفسدها فيجره على أرض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي يأخذه (رد المحتار) قيل في المادة (حق المسيل) فعلى هذا إذا بين المحل الذي سيجري فيه الماء أو صار تعيين الحدود في أرض المسيل الذي يسيل منها النهر وغيره من اعتبار حق التسييل فالبيع صحيح. أما إذا لم يبين المحل الذي سيجري فيه الماء وبيع المسيل فالبيع غير صحيح لجهالة المبيع. أما بيع الماء تبعاً لبيع القنوات فبما أن حق الشرب كما ذكر في المادة ١٤٣ هو النصيب المعين المعلوم من نهر فهو أيضاً ماء فإذاً لا فرق بين حق الشرب تبعاً للأرض وبين الماء تبعاً للقنوات لكن بينهما فرق بين متعلقهما لأن حق الشرب متعلق بالأرض والماء متعلق بالقنوات وعلى ذلك لو باع إنسان ما يجري في قناته من الماء مع قنواته من آخر فالبيع صحيح. وكذلك بيع الطريق جائز بالإجماع وبعبارة أخرى إذا باع إنسان من آخر الطريق التي يملك رقبتها منفردة فالبيع صحيح فإذا بين حين العقد عرض الطريق فهو المقدار المعتبر للطريق المبيعة إذا لم يبين عرضها حينئذ فعرض الطريق يكون عرض باب دار البائع الخارجي «رد المحتار» لكن إذا اتفق أصحاب الطريق الخاص جميعاً فلا يجوز لهم بيع

الطريق واقتسام ثمنها (أنظر المادة ١٢٢٣) وكذلك لا يجوز لشريك في تلك الطريق أن يبيع حصته من أحد الشركاء في تلك الطريق منفرداً لكن له أن يبيع داره مع حصته في تلك الطريق تبعاً للدار (طحطاوي) «أنظر المادة ٥٤».

الفصل الثالث

في بيان المسائل المتعلقة بكيفية بيع المبيع

﴿المادة ٢١٧﴾ كما يصح بيع المكيلات والموزونات والعدديات والمذروعات كيلاً ووزناً وعدداً وذرعاً يصح بيعها جزافاً ايضاً مثلاً لو باع صبرة حنطة أو كوم تبن أو آجر أو حمل قماش جزافاً صح البيع.

بيع المكيلات بالكيل والموزونات بالوزن والعدديات بالعد والمذروعات بالذراع صحيح وتسمى هذه المقاييس بالمقادير الأربعة وكذلك يجوز بيعها جزافاً بشرط أن تباع بغير جنسها والا تجعل رأس مال سلم لأن المبيع مكيلا يعلم بتعيين مقداره بالكيل وجزافاً يعلم بالإشارة إليه فهو معلوم على كلا الحالين والبيع صحيح أما إذا بيع بجنسه فإذا كان أزيد من نصف صاع فالبيع جزافاً فيه غير جائز لاحتمال الربا وكذلك رأس مال السلم لا يجوز البيع فيه جزافاً بل يشترط أن يكون معلوماً لأن السلم إذا أقيل بالتراضي وجب على رب السلم أن يعيد إلى المسلم إليه ما أخذه منه فإذا كان مقداره غير معلوم فلا تمكن الإعادة أنظر شرح المادة «٢٠١».

وعلى ذلك إذا بيع المال جزافاً وطلب البائع من المشتري ثمن المبيع فليس للمشتري أن يمتنع من أداء كل الثمن بدعوى أن المبيع نقص عن تخمينه (علي أفندي) وإذا باع رجل حنطته التي في المطمورة جزافاً فالبيع صحيح ولو لم يعلم المشتري مقدار هذه الحنطة وعمق المطمورة التي هي فيها إلا ان المشتري مخير عند وقوفه على مقدار عمق المطمورة بين إجازة البيع وفسخه ويقال لهذا الخيار خيار كشف الحال أما إذا كان المشتري يعلم مقدار عمق تلك المطمورة فالبيع لازم وإذا لا يعلم مقدار الحنطة فلا يكون مخيراً وإذا أصيب في المطمورة وعاء فارغ أو شيء آخر فالبائع مخير بخيار كشف الحال (الهندية).

النزاع في الكيل والجزاف. - إذا باع رجل من آخر شيئاً من المذروعات أو المكيلات وادعى البائع البيع جزافاً وادعى المشتري البيع كيلاً أو وزناً وأنه ينقص عن المبيع تحالفاً (أنظر المادة ١٧٧٨) وإذا باع رجل من آخر سلعة مذروعة وادعى البائع البيع جزافاً بألف قرش وأبى أن يطالب بنقصان وادعى المشتري البيع بألف قرش على أن تكون السلعة كذا ذراعاً وأن له الخيار لأنه

وجد السلعة ناقصة فالقول للبائع أما إذا قال البائع بعت المذروع جزافاً بألف قرش وقال المشتري اشتريته على أن يكون كل ذراع منه بكذا قرشاً فالقول للمشتري وعند الصاحبين يجري التحالف والتراد (خلاصة بزازية).

﴿المادة ٢١٨﴾ لو باع حنطة على أن يكيلها بكيل معين أو يزنها بحجر معين صح البيع وإن لم يعلم مقدار الكيل وثقل الحجر.

يجب أن يكون المكيال من الخشب أو الحديد بحيث لا يكون قابلاً للانقباض والانبساط ويشترط أن يبقى العيار سواء أكان كيلاً أو حجراً حتى تسليم المبيع والحاصل أن ذلك البيع صحيح وإن كان العيار لا يعلم كم رطلاً هو أو درهماً لأن المبيع وإن كان يكون بذلك مجهولاً إلا أن الجهالة غير مانعة من تسليم المبيع ولا مؤدية إلى النزاع نعم قد يفقد العيار فيقع النزاع إلا أنه لما كان من الواجب تسليم المبيع فوراً وكان من النادر فقدان العيار في مدة وجيزة لم يعتبر ذلك الإحتمال النادر الوقوع إذ لا اعتبار بالنادر (أنظر المادة ٤٢) أما في السلم فلان تسليم المبيع يتأخر وليس من النادر فقدان العيار فيما بين حصول السلم وتسليم المبيع فكان النزاع متوقعاً فالبيع لا يصح على هذه الصورة في السلم.

وقد قيل فيما سبق أن البيع ينعقد غير لازم وذلك لأن البيع الذي ينعقد على ذلك الوجه يكون المشتري فيه مخيراً بخيار كشف الحال في المبيع عندما يطلع على مقدار ذلك العيار ووزنه فإن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخه.

وقيل يجب أن يكون الإناء غير قابل للانقباض والإنبساط وذلك كالقفة فالبيع بها لا يصح لأنه يمكن المشتري أن ينازع البائع فيدعي أن القفة لم تنفتح كما يجب إلا أنه جوز بيع الماء بالقرب استحساناً للتعامل.

وقيل في المادة (بحجر) فإذا كان المعيار الذي اتخذ لوزن المبيع ليس حجراً بل كان بطيخاً مثلاً مما يمكن ذبوله وتناقص وزنه فإن كان المبيع وزن وسلم في الحال فالبيع صحيح وإن تأخر تسليم المبيع يوماً أو يومين فالبيع فاسد لأن نقصان وزن المعيار يؤدي إلى النزاع فيما نقص من وزنه ويفهم من قول المجلة على أن يكيلها بكيل معين أو يزنها، إلى لزوم بقاء ذلك الكيل أو الحجر على حاله إلى أن يسلم المبيع فإذا فقد ذلك المكيال أو الحجر بعد الوزن به قبل تسليم المبيع فالبيع فاسد لأن ذلك مؤد إلى النزاع بين المتبايعين فيدعي المشتري أن ذلك المعيار كان كذا رطلاً أو درهما ويدعي البائع أنه أنقص من ذلك (أنظر المادة ٢١٣) «رد المحتار».

﴿المادة ٢١٩﴾ كل ما جاز بيعه منفرداً أجاز استثناؤه من المبيع مثلاً لو باع ثمرة شجرة واستثنى منها كذا رطلاً على أنه له صح البيع.

(الهندية) سواء كان ذلك الشيء بناء أو شجراً مما يدخل تبعاً في المبيع أو كان كذا كيلة حنطة أو رطل خل مما لا يدخل تبعاً في المبيع بل يجب ذكره في البيع يعني أن الأموال التي يجوز بيعها منفردة قسمان الأول الذي يدخل في المبيع بغير ذكر ويجوز استثناؤه من المبيع أنظر المادتين (٢٣ و ٢٣١) والثاني الأموال التي لا تدخل في المبيع من غير ذكر وكذلك يجوز استثناؤها من البيع «أنظر المادة ٢٣٣» مثلاً إذا قال البائع بعت هذه الصبرة إلاَّ عشر كيلات أو القطيع إلاَّ عشر شياه وقبل المشتري فالبيع صحيح وكذلك الإستثناء لأن المستثنى معلوم ويجوز بيعه منفرداً فاستثناؤه صحيح وتعيين المستثنى على وجهين الأول يكون ببيان قدر معين والثاني بذكر جزء شائع كالثلث والربع وعلى كلا الوجهين الاستثناء صحيح «طحطاوي».

ويتفرع على هذه المادة المسائل الآتية:

(١) لو باع البائع صبرة حنطة على أن يبقى ثلثها له فالبيع صحيح.

(٢) إذا باع رجل داره واستثنى من البيع طريقها المعلومة المعينة فالبيع صحيح «انقروي».

(٣) إذا باع رجل رقبة طريقه على أن يبقى حق مروره منها أو باع الطبقة السفلى من داره على أن يبقى حق القرار في الطبقة العليا له فالبيع جائز.

(٤) لو باع إنسان بستانه واستثنى من البيع شجرة جوز بقرارها فالبيع صحيح والبستان يصير ملكا للمشتري وتلك الشجرة مع قرارها تبقى ملكاً للبائع.

فإذا أراد صاحب الشجرة اقتطاف ثمرها فالمشتري ملزم إمَّا بأن يأذن له أن يدخل البستان ويقتطف ثمر شجرته أو بأن يقتطف هو هذا الثمر ويقدمها إلى صاحب الشجرة «الخانية» إلا أن المشتري له أن يعارض في تدلي أغصان الشجرة وامتدادها إلى شجره «أنظر المادة ١١٦٩» ولعل المراد الأغصان التي زادت ونمت بعد البيع «الشارح».

(٥) إذا باع إنسان بناء من آخر واستثنى البائع من ذلك البناء عدداً معيناً من الأخشاب أو الأحجار فإن كان المشتري قد اشترى ذلك البناء لنقضه ونقله إلى محل آخر فالبيع صحيح «الهندية».

أما ما لا يجوز بيعه منفرداً فلا يجوز استثناؤه من المبيع والبيع على هذه الصورة يكون فاسداً والأشياء التي لا يجوز بيعها منفردة على نوعين الأول كبيع الجنين في بطن أمه أو عضو من أعضاء الحيوان أو حلية السيف مما هو جزء متصل بغيره والثاني ما كان مجهولاً ومثال ذلك أن يبيع رجل قطيع غنم على أن يبقي له من ذلك شاة غير معينة فالبيع فاسد. والحاصل أنه إذا باع رجل بقرة

حاملاً واستثنى من المبيع جنينها أو شاة غير مذبوحة واستثنى أليتها أو فخذها أو سيفاً واستثنى الفضة منه أو الذهب الذي في مقبضه فالبيع فاسد لأنه لا يجوز بيع ما استثنى منفرداً «أنظر المادة ٢٠٥» وكذلك إذا كان ما استثني لم يكن مقداره معيناً معلوماً فالبيع فاسد «أنظر المادة ٢١٣».

﴿المادة ٢٢٠﴾ بيع المعدودات صفقة واحدة مع بيان ثمن كل فرد وقسم منها صحيح مثلاً لو باع صبرة حنطة أو وسق سفينة من حطب أو قطيع غنم أو قطعة من جوخ على أن كل كيل من الحنطة أو قنطاراً من الحطب أو رأس من الغنم أو ذراع من الجوخ بكذا صح البيع.

وكذلك بيع مزرعة معلومة الحدود على أن يكون كل دونم منها أو كل اثنين أو ثلاثة بكذا جنيهاً فالبيع صحيح ولازم في الصبرة من الحنطة وفي الحطب الذي في السفينة وفي قطيع الغنم وثوب الجوخ وفي المزرعة المحدودة بحدود معلومة ولا يلزم البيع في كيلة واحدة مما يباع بالكيلة ولا في قنطار واحد مما يباع بالقنطار ولا في شاة واحدة من القطيع ولا في دونم واحد من الأرض والمزرعة وليس للمشتري أن يقول إنني ظننت أن هذا الثوب كذا ذراعاً فظهر أكثر أو أقل مما ظننت فلا أريده أو لا آخذ أكثر من ذراع منه.

وقد تضمنت الأمثلة السابقة التمثيل للمكيلات والموزونات والعدديات المتفاوتة والمتقاربة والمذروعات.

وهذا البيع صحيح ولو لم تزل الجهالة منه بكيلة قبل الافتراق في مجلس البيع أو لم يكل سواء أكانت المقدرات المذكورة مثلية أو قيمية فعلى هذا لا يكون المشتري مخيراً حينما يقف أو يطلع على مقدار مجموع ما اشتراه (الهندية. رد المحتار. الدرر. عبد الحليم).

وفي بيع المقدرات أربعة احتمالات:

(١) البيع جزافاً وقد تقدم بيانه في المادة (٢١٧) والبيع على الوجه المبين في المادة ٢١٨ بيع مجازفة (التنوير. رد المحتار) [1].

(٢) بيع المقدرات من غير بيان مقدار جملتها مع بيان ثمن أفرادها وأقسامها والذي تعرضت له المادة هو هذا الاحتمال[2].

(٣) بيع المقدرات مع بيان مقدارها من غير تعيين ثمن أفرادها أو أقسامها[3].

(١) مثال ذلك بيع صبرة حنطة بألف قرش

(٢) مثال ذلك بيع صبرة حنطة كل كيلة بثلاثين قرشاً

(٣) مثال ذلك بيع صبرة حنطة على انها مائة كيلة بألف قرش.

(٤) بيع المقدرات مع بيان مقدارها وثمن أفرادها أو أقسامها[١].

والاحتمالان الثالث والرابع سيأتي الكلام عليهما في المادة ٢٢٣.

ولا يشترط في البيع الذي يبين فيه ثمن أفراد المبيع أو أقسامه أن يكون المبيع من جنس واحد فيجوز بيع صبرتي حنطة وشعير على أن يكون ثمن كل كيلة من الصبرتين كذا قرشاً والبيع صحيح عند الصاحبين وواقع على الصبرتين وإذا قيل في البيع (كل كيلة) فلا يكون واقعاً على كيلة واحدة فقط وكذلك إذا قيل (كل كيلتين أو ثلاث) فلا يقع على كيلتين أو ثلاث فقط.

وإذا باع إنسان ما في كرمه من العنب على أن كل حمل منه بكذا قرشاً فالبيع صحيح عند الصاحبين ولو كان العنب الذي في الكرم أجناساً مختلفة «خلاصة» أما عند الإمام فالبيع على هذا الوجه المبين في هذه المادة يصح في الأقسام والأفراد المسماة فقط فإذا بيعت صبرة حنطة على أن يكون ثمن كل كيلة منها كذا قرشاً فلا يصح البيع إلاَّ في كيلة واحدة من هذه الصبرة فإن بيعت على أن يكون كل كيلتين فالبيع صحيح في كيلتين فقط ولا يصح في الباقي (الدرر. الغرر).

أما المجلة فقد جرت على رأي الصاحبين تسهيلاً للأمر (عبد الحليم). «أنظر المادة ١٧» أما في الاجارة في المادة ٤٩٤ المماثلة لهذه فلا يجري فيها هذا الاختلاف والإجارة تصح في شهر واحد فقط بالإتفاق ووجه الفرق مذكور في شرح تلك المادة أما في العدديات المتفاوتة فإذا بيع قطيع الغنم على أن كل شاة منه بكذا جرى فيه حكم هذه المادة وإذا بيع كل شاتين بكذا أو كل ثلاث فالبيع غير جائز بالإتفاق ولو كان المشتري واقفاً على مقدار الكل في المجلس وكان مجموع القطيع موافقاً للمقدار المسمى وكان المشتري قد قبل به لأنه إذا ذكر ثمن كل شاتين في البيع ولم يظهر أن القطيع أزواجاً بل أفراداً فإن حصة الفرد تكون مجهولة وإذا كان كذلك فالبيع فاسد لأن أجزاء الثمن في هذا البيع لا تنقسم على أجزاء المبيع وإذا ظهر القطيع أزواجاً فالبيع فاسد أيضاً لأن الشاة الواحدة منه لا يتعين ثمنها إلاَّ بضم شاة أخرى ولا يعلم أي شاة يجب ضمها إليها فإذا ضمت الأغلى قيمة كان ثمن المضموم إليها زائداً وإذا ضمت الأرخص كان ثمن المضموم إليها قليلاً وبما أن ذلك مؤد إلى جهالة الثمن وجب فساد البيع «هندية».

﴿المادة ٢٢١﴾ كما يصح بيع العقار المحدود بالذراع والجريب يصح بيعه بتعيين حدوده أيضاً.

بما أن العقارات من قسم المذروعات من المقدرات صح بيعها بالذراع والدونم.

ولبيع العقار أربع صور:

(١) بيع المحدود بحدوده وهو صحيح كقول البائع للمشتري بعتك عرصتي المحدودة بكذا

(١) مثال ذلك بيع صبرة حنطة على أنها مائة كيلة كل كيلة بثلاثين قرشاً

ففي هذا البيع الاعتبار بالحدود ولا مجال لنزاع المشتري في ذلك فليس له أن يقول: ظننت مساحة هذا العقار أكثر مما ظهر ولا البائع أن يقول: ظننتها أقل.

(٢) بيع المحدود من العقار بالذراع أو الدونم كقول البائع بعت كل ذراع من عرصتي هذه بكذا فيعتبر في ذلك مساحة العقار.

(٣) أن تذكر الحدود في البيع وأن يذكر مقدار دونماتها أو أذرعها مع تعيين ثمن كل ذراع منها فيعتبر في ذلك الذراع.

(٤) أن تذكر الحدود والأذرع والدونمات ويكون البيع بالحدود كأن يقول البائع إن هذه العرصة حدودها كذا وذرعها كذا وقد بعتها بخمسين جنيهاً ففي هذا البيع الإعتبار للحدود وعلى هذا إذا باع إنسان من آخر بستانه وبين حدوده ثم باعه على أنه دونمات كأن يقول أن حدود بستاني الأربعة هي كذا وكذا وهو دونمات وقد بعته منك بكذا فيقيسه المشتري فتظهر مساحته أكثر من دونمين فليس لصاحب البستان أن يستبقي له ما يزيد عن الدونمين فإذا اشترى إنسان من آخر مزرعة معلومة الحدود وادعى المشتري أن البيع وقع على أنها عشرة دونمات ولأنها ظهرت أقل من ذلك فله الخيار بحكم المادة ٢٢٦ وادعى البائع أن البيع وقع على تعيين المبيع بالحدود وهيئة المزرعة الأصلية ولم يكن بالذراع والدونم فالقول للبائع مع اليمين في إنكار الشرط «أنظر المادة ٢١٧».

والفرق في البيع في الوجهين أنه إذا بيعت العرصة بتعيين الحدود تعتبر الحدود فقط ولا تعتبر مساحتها فإذا اشترى إنسان عرصة معينة بالحدود وذكر مع ذلك المساحة بالذراع أو الدونم أو أنها تستوعب كذا كيلة من البذر ثم ظهر أنها انقص مما ذكر فليس المشتري مخيراً.

﴿المادة ٢٢٢﴾ إنما يعتبر القدر الذي يقع عليه عقد البيع لا غيره.

أي يعتبر ذلك المقدار من المال والثمن ويعتبر ذلك المقدار من الثمن ثمن المبيع أما ما يزيد عن ذلك المقدار فلا يدخل في البيع بمجرد قول المشتري أنه داخل في مقدار المبيع أو بظن البائع أو المشتري أنه أقل أو أكثر لأن انعقاد البيع بالإيجاب والقبول فإذا لم يكن في الزيادة إيجاب وقبول فلا تكون واقعة تحت البيع والمسائل التي تتفرع على هذه المادة هي:

(١) إذا بيعت المكيلات والمعدودات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر مع بياذ مقدار مجموعها فظهر ذلك المجموع زيادة عن المقدار المبين فالزيادة للبائع «هندية».

(٢) إذا بيعت رزمة ورق على أن تعد أوراقها وعلى ظن أنها أربعمائة طلحية لكن البيع وقع على الرزمة بغير ذكر العدد واشتراها المشتري على هذا الوجه ثم عدت فظهر أنها تزيد عن أربع المائة فالزيادة للمشتري.

(٣) ما ذكر في الفقرة الأخيرة من مادة ٢٢٦ فهو فرع لهذه المادة.

(٤) إذا باع إنسان شجرة من آخر ليتخذها حطباً بعد أن أحضر المتبايعان أهل خبرة ليقدروا ما في هذه الشجرة من الحطب وخمن أهل الخبرة أن مقدار تلك الشجرة عشرون حملاً من الحطب فاشترى المشتري تلك الشجرة فإذا حطبها يزيد عن العشرين حملاً فالزيادة للمشتري لأن جميع تلك الشجرة دخل في عقد البيع «بزازية» وحكم هذه المادة يجري في الثمن فإذا أراد إنسان أن يبتاع خمساً وخمسين كيلة سعر كل كيلة إثنا عشر قرشاً ونصفاً ووافقه البائع على ذلك فإذا حسب مجموع الثمن بلغ ستمائة وسبعاً وثمانين قرشاً ونصفاً لكن وقع غلط في الحساب فظن أن مجموع الثمن يبلغ ستمائة قرش فقط فباع البائع الخمس والخمسين كيلة بهذا الثمن الذي وقع الفلت في جمعه فإذا تنبه البائع للفلت فليس له أن يطالب ببقية الثمن بداعي الفلت الذي وقع في الحساب.

﴿المادة ٢٢٣﴾ المكيلات والعدديات المتقاربة والموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر إذا بيع منها جملة مع بيان قدرها صح البيع سواء سمي ثمنها فقط أو بين وفصل لكل كيل أو فرد أو رطل منها ثمن على حدة إلَّا أنه إذا وجد عند التسليم تاماً لزم البيع وإذا ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن وإذا ظهر زائداً فالزيادة للبائع مثلاً لو باع صبرة حنطة على أنها خمسون كيلة أو على أنها خمسون كيلة كل كيلة منها بعشرة قروش أي بخمسمائة قرش فإذا ظهرت وقت التسليم خمسين كيلة لزم البيع وإن ظهرت خمساً وأربعين كيلة فالمشتري مخير إن شاء فسخ وإن شاء أخذ الخمس وأربعين كيلة باربعمائة وخمسين قرشاً وإن ظهرت خمساً وخمسين كيلة فالخمس الكيلات الزائدة للبائع وكذا لو باع سفط بيض على أنه مائة بيضة أو على أنه مائة بيضة كل بيضة بنصف قرش بخمسين قرشاً فإن ظهرت عند التسليم تسعين بيضة فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ تسعين بيضة بخمس وأربعين قرشاً وإذا ظهرت مائة وعشر بيضات فالعشرة الزائدة للبائع وكذلك لو باع زق سمن على أنه مائة رطل يكون الحكم على الوجه المشروح.

إن المبيع الذي تنقسم أجزاء الثمن على أجزائه وهو (١) المكيلات (٢) العدديات المتقاربة (٣) الموزونات التي ليس في تبعيضها وتفريقها ضرر فإذا بين مقدار المجموع منها لفظاً أو عادة وبيع ذلك المجموع فإذا ذكر ثمنه جملة أو كان من المكيلات فذكر وفصل ثمن كل كيلة أو من الموزونات فبين ثمن كل رطل مثلاً ففي الصورتين البيع صحيح في المجموع ولو ظهر المجموع مساوياً للمقدار الذي بين أو زائداً عنه أو ناقصاً لأنه لا تفاوت بين أفراد هذه الأشياء وأقسامها فإذا ظهر المبيع

زائداً أو ناقصاً عرفت حصة مقدار المبيع وحصة الموجود من الثمن (الخلاصة) والفرق بين البيع في هذه المادة وبين بيع الجزاف أو بعبارة أخرى بين هذه المادة والمادتين٢١٧و ٢٢٠ أنه لم يبين في تينك المادتين مقدار الجملة وبين مقدارها في هذه المادة ولذلك أربع صور نأتي ببيانها:

١ - أن يكون المجموع وقت التسليم مطابقاً للمقدار المبين في عقد البيع ففي هذه الصورة البيع لازم في المجموع كله إذا لم يوجد واحد من الخيارات المبينة في الباب الثالث لأن الصفقة لم تتفرق على هذا التقدير وعلى هذا فالمبيع كله للمشتري وليس البائع أو المشتري مخيراً.

٢ - أن يظهر مقداره وقت التسليم أقل من المقدار المبين في عقد البيع ففي هذه الصورة المشتري مخير لتفرق الصفقة فله فسخ البيع وترك المجموع كله للبائع ما لم يقبض المشتري المبيع مع علمه بنقصه (رد المحتار).

﴿المادة ٢٢٤﴾ لو باع مجموعاً من الموزونات التي في تبعيضها ضرر وبين قدره وذكر ثمن مجموعه فقط وحين وزنه وتسليمه ظهر ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى. وإن ظهر زائداً عن القدر الذي بينه فالزيادة للمشتري والخيار للبائع. مثلاً لو باع فص ألماس على أنه خمسة قراريط بعشرين ألف قرش فإذا ظهر أربعة قراريط ونصفاً كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ الفص بعشرين ألف قرش وإذا ظهر خمسة قراريط ونصفاً أخذه المشتري بعشرين ألف قرش ولا خيار للبائع في هذه الصورة.

أي أنه إذا بين في الموزونات التي في تبعيضها ضرر قدر المجموع ولم يذكر لكل قسم من اقسامه أو جزء من اجزائه ثمن على حدة بل ذكر ثمن المجموع فقط يكون البيع صحيحاً إلا أنه إذا ظهر ذلك المجموع وقت التسليم تاماً ولم يكن في البيع خيار من الخيارات المبينة في الباب السادس يكون البيع لازماً. أما إذا ظهر ناقصاً فبما أن النقصان بمنزلة العيب في المبيع فللمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع وترك المبيع وان شاء أخذه بجميع الثمن (الخلاصة) وليس له انقاص الثمن بقدر ما ظهر في المبيع من النقصان لأن ذلك وصف والوصف ليس له حصة من الثمن والحكم في خيار العيب على هذا الوجه أيضاً أنظر المادة ٣٣٧ وهذا الخيار من قبيل خيار العيب. أما إذا ظهر المجموع زائداً عن المقدار المبين فالبيع لازم أيضاً والزيادة تكون بلا بدل للمشتري وليس للبائع ولا للمشتري حينئذ خيار. ولا حق للبائع في المطالبة بزيادة الثمن لتلك الزيادة في المبيع لأن الوزن في الموزونات التي في تبعيضها ضرر وصف كالذرع في المذروعات والوصف ليس له من حصة في ثمن المبيع ما لم يكن مقصوداً بالتناول فيكون له حصة منه «الدر المنتقى» (راجع شرح المادة ٢٢٣) مثال ذلك: إذا بيع فص الماس بعشرين ألف قرش على أنه خمسة قراريط فإذا ظهر خمسة قراريط فالبيع

لازم. وإذا ظهر ناقصاً كأن ظهر اربعة قراريط ونصفاً يكون المشتري مخيراً فله أن يفسخ البيع ويترك المبيع وذلك إذا لم يقبض المبيع وهو عالم بنقصانه (راجع المادة ٢٢٩) وله أن يأخذ الفص بالثمن المسمى العشرين ألف القرش وليس له أن يحط الفين من الثمن للنصف القيراط الناقص ويأخذ الأربعة القراريط والنصف بثمانية عشر ألف قرش. أما إذا ظهر الفص زائداً كأن ظهر خمسة قراريط ونصف يكون البيع لازماً أيضاً ويتملك المشتري الفص بعشرين ألف قرش ولا يكون للبائع ولا للمشتري خيار في ذلك وليس للبائع أن يطلب زيادة ألفي قرش على الثمن مقابلاً للنصف القيراط الذي ظهر زائداً. وكذلك إذا بيع قدر من النحاس على أنه كذا اقة وظهر وقت التسليم أقل من المقدار المذكور فالمشتري مخير إذا شاء فسخ البيع وإذا قبل البيع بجميع الثمن المسمى، لأن ظهور المبيع ناقص بمنزلة ظهور عيب فيه لذلك فالمشتري مخير على الوجه المشروح آنفاً أما إذا استلم المشتري المبيع ولم يكن عالماً بنقصانه وحدث فيه عيب وهو في يده ولم يقبل البائع باسترداده لذلك يعمل حينئذ على مقتضى المادتين (٣٤٥و ٣٤٦). مثال ذلك إذا قبض المشتري الفص الالماس الذي بيع منه بعشرين ألف قرش على أنه خمسة قراريط وظهر اربعة قراريط ونصفاً بعد أن حدث فيه عيب وهو في يده ينظر فإذا كانت قيمة الفص تساوي خمسة وعشرين ألف قرش إذا كان خمسة قراريط، وعشرين ألف قرش إذا كان اربعة قراريط ونصفاً فبما أن الفرق بين القيمتين خمس ثمن الفص وهو خمسة قراريط فللمشتري أن يطلب من البائع خمس الثمن المسمى وهو اربعة آلاف قرش (الخلاصة قبيل الفصل السادس من البيوع).

﴿المادة ٢٢٥﴾ إذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر مع بيان مقداره وبيان اثمان اقسامه واجزائه وتفصيلها فإذا ظهر وقت التسليم زائداً أو ناقصاً عن القدر الذي بينه فالمشتري مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذي فصله لاجزائه واقسامه مثلاً لو باع منقلاً من النحاس على أنه خمسة ارطال كل رطل باربعين قرشاً فظهر المنقل أربعة ارطال ونصفاً أو خمسة ارطال ونصفاً فالمشتري مخير في الصورتين ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المنقل بمائة وثمانين قرشاً ان كان أربعة ارطال ونصفاً وبمائتين وعشرين قرشاً ان كان خمسة ارطال ونصفاً.

أي انه إذا بيع مجموع من الموزونات التي في تبعيضها ضرر ببيان ثمنه أو ثمن اقسامه واجزائه فالبيع صحيح فإذا ظهر المجموع تاماً لدى تسليمه يكون البيع لازماً لأن الثمن والمبيع معلومان والمراد من اللزوم هنا أن لا يكون لأحد العاقدين خيار بخلاف ما لو ظهر ناقصاً أو زائداً أو كان في البيع خيار شرط أو خيار من الخيارات الأخرى فلا يكون البيع حينئذ لازماً بطبيعته، أما إذا لم يظهر المبيع تاماً بأن ظهر ناقصاً عن القدر المبين أو زائداً عليه فللمشتري في الحالين الخيار في قبول

المبيع وعدمه وذلك احتراز عن تفريق الصفقة أو فوات الوصف المرغوب فله أن يفسخ البيع ويترك المبيع وله أن يأخذ القدر الذي ظهر بالثمن الذي جعل لاجزائه واقسامه لأن تفريق القدر الزائد عن المبيع مضر فلا يمكن رده إلى البائع أما إذا ظهر ناقصاً فالمشتري مخير أيضاً لأن الوزن وان كان في الموزونات التي في تبعيضها ضرر من قبيل الوصف وليس له حصة من الثمن إلا أنه بذكر ثمن اجزاء المبيع واقسامه وأفراده على هذه الصورة اصبح أصلاً وخرج عن كونه وصفاً أو تابعاً لشمول المبيع الوصف حقيقة أو حكماً واصبح مقصوداً بالذات بذلك اكتسب الأصالة واصبح له حصة من الثمن. أنظر المادة«٢٢٣». لذلك فقد كان للمشتري الخيار بتفريق الصفقة أو فوات الوصف المرغوب وإذا ظهر زائداً فللمشتري أيضاً حق الخيار لأنه وان كان للمشتري بذلك نفع غير أنه يلزمه زيادة الثمن فاصبح النفع ممزوجاً بضرر فلهذا كان للمشتري الخيار إذ أنه لو أخذ الزيادة بدون ثمن فلا يكون قد عمل بمقتضى اللفظ.

﴿المادة ٢٢٦﴾ إذا بيع مجموع من المذروعات سواء أكان من الأراضي أم من الامتعة والأشياء السائرة وبين مقداره وجملة ثمنه فقط أو فصل اثمان ذراعاته ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرر وأما الأمتعة والأشياء التي ليس في تبعيضها ضرر كالجوخ والكرباس فالحكم فيها كالحكم في المكيلات. مثلاً لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع بألف قرش فظهر أنها خمسة وتسعون ذراعاً فالمشتري مخير ان شاء تركها وان شاء أخذ تلك العرصة بألف قرش وإذا ظهرت زائدة أخذها المشتري أيضاً بألف قرش فقط وكذا لو بيع ثوب قماش على أنه يكفي قباء وأنه ثمانية أذرع باربعمائة قرش فظهر سبعة اذرع خير المشتري ان شاء تركه وان شاء أخذ ذلك الثوب باربعمائة قرش وان ظهر تسعة اذرع أخذه المشتري بتمامه باربعمائة قرش أيضاً كذلك لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع كل ذراع بعشرة قروش فظهرت خمسة وتسعين ذراعاً ومائة وخمسة اذرع خير المشتري ان شاء تركها وان شاء أخذها إذا كانت خمسة وتسعين ذراعاً بتسعمائة وخمسين وإذا كان مائة وخمسة اذرع بألف وخمسين قرشاً وكذا إذا بيع ثوب قماش على أنه يكفي لعمل قباء وأنه ثمانية اذرع كل ذراع بخمسين قرشاً فإذا ظهر تسعة اذرع أو سبعة اذرع كان المشتري مخيراً ان شاء ترك الثوب وان شاء أخذه إذا كان تسعة اذرع بأربعمائة وخمسين وان كان سبعة اذرع بثلاثمائة وخمسين قرشاً وأما لو بيع ثوب جوخ على أنه مائة وخمسون ذراعاً بسبعة آلاف وخمسمائة قرش أو ان كل ذراع منه بخمسين قرشاً فإذا ظهر مائة

واربعين ذراعاً خير المشتري ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المائة والاربعين ذراعاً بسبعة آلاف قرش فقط وإذا ظهر زائداً عن المائة وخمسين ذراعاً كانت الزيادة للبائع.

أي انه إذا بيع مجموع من المذروعات سواء أكان من الأراضي أم من الأمتعة والأشياء السائرة وبين مقداره وجملة ثمنه فقط أو بين مقداره وفصل اثمان ذراعاته ففي هاتين الصورتين يجري الحكم على مقتضى حكم الموزونات التي في تبعيضها ضرر كما مر البحث عنها في المادتين ٢٢٤و ٢٢٥ فبيع المجموع مع بيان ثمنه قد مر حكمه في المادة ٢٢٤ وبيع المجموع من المذروعات مع بيان مقداره وتفصيل اثمان ذراعاته قد مرَّ في المادة ٢٢٥ أما الجوخ والكرباس فحكمه كحكم المكيلات وان كان من المذروعات لأنه ليس في تقطيعه وتبعيضه ضرر فعليه إذا بيع شيء من تلك الأمتعة والأشياء وبين مقدار مجموعه فقط فالبيع صحيح أما إذا ذكر ثمن ذلك المجموع وفصل ثمن كل ذراع من ذراعاته فإذا ظهر المبيع تاماً عند التسليم فالبيع لازم. أما إذا ظهر ناقصاً فالمشتري مخير في فسخ البيع أو قبول المقدار الذي ظهر بحصته من الثمن. وإذا ظهر زائداً فالزيادة للبائع راجع المادة (٢٢٣). مثال ذلك: لو بيعت عرصة على أنها مائة ذراع وبين مجموع ثمنها أنه ألف قرش بدون تفصيل اثمان اقسامها واجزائها فيجري فيها الحكم على مقتضي حكم المادة ٢٢٤ وهو إذا ظهرت العرصة عند التسليم مائة ذراع فالبيع لازم والمشتري مجبر على أخذها بالثمن كله ولا يكون مخيراً وإذا ظهرت ناقصة كأن ظهرت خمسة وتسعين ذراعاً فالمشتري مخير حينئذ في تركها لأن الوصف المرغوب قد اصبح معدوماً منها وبذلك اختل رضاء المشتري إلا أنه إذا قبض المشتري المبيع وهو عالم بأنه ناقص فلا يكون مخيراً في الترك حينئذ. أنظر المادة ٢٢٩ (الدر المختار) أو أخذها بالألف قرش التي هي مجموع الثمن المسمى وليس له أن ينقص الثمن بقدر ما ظهر في المبيع من النقصان لأن الذرع هو وصف والوصف ليس له حصة من الثمن كما قلنا. راجع شرح المادة السابقة. وليس المراد بالوصف هنا أن الصفة العرضية للشيء بل أنه قد استعمل بمعناه الإصطلاحي وهو في إصطلاح الفقهاء التابع غير المنفصل عن الشيء وهو إذا كان موجوداً في شيء زاده حسناً فالوصف على هذا جوهر قائم بذاته أيضاً وذلك كما إذا كانت قيمة عشرة اذرع من قماش كغطاء مائدة تساوي عشرة قروش فإذا انقص ذراعاً واحداً فالتسعة الأذرع الباقية لا تساوي قيمتها تسعة قروش إذ أن انقاص ذراع واحد قد يذهب بحسن القماش وبهائه وزيادة آخر قد تمنحه جمالاً وكمالاً. بخلاف المكيلات والعدديات فبما أن بعضها مستقل عن بعض وهو في حد ذاته أصل فلا يستلزم كمالاً أو نقصاً في المجموع بانضمامه إليه أو عدمه لأنه إذا كانت قيمة العشر كيلات حنطة تساوي مائة قرش فالتسع كيلات تساوي تسعين قرشاً «الدرر» وإذا ظهر المبيع زائداً كأن ظهرت العرصة مائة وخمسة اذرع يأخذها المشتري بألف قرش وهو مخير في ذلك وليس للبائع أن يطلب ضم خمسين قرشاً على الألف مقابلاً للخمسة اذرع الزائدة لأنه كما سبق القول أن الزيادة وصف والوصف إذا لم يكن مقصوداً بالتناول فليس له حصة من الثمن. أنظر شرح المادة(٢٢٥).

كذلك إذا بيع ثوب كرباس على أنه خمسة اذرع ليفصل سروالاً باربعمائة قرش ولم تفصل اثمان اجزائه يجري حكم هذا على مقتضى المادة ٢٢٤ وهو إذا ظهر ذلك القماش وقت التسليم ثمانية اذرع فالبيع لازم وأما إذا ظهر اربعة اذرع فالمشتري مخير لفوات الوصف المرغوب فأما أن يفسخ البيع ويترك المبيع وأما أن يأخذ ذلك القماش باربعمائة قرش أي بمجموع الثمن المسمى (أنظر المادة ٣١٠) وليس له أن ينقص شيئاً من الثمن لما ظهر من النقصان في المبيع لأن الذرع بما أنه وصف فليس له حصة من الثمن ما لم يكن مقصوداً بالتناول. وإذا ظهر القماش زائداً كظهوره تسعة اذرع يكون البيع لازماً ويأخذ المشتري القماش بالثمن المسمى وهو الأربعمائة القرش ولا يكون البائع والمشتري مخيرين في ذلك وهو بمنزلة شراء إنسان مالاً على أنه معيب وظهر سالماً من العيب فكما أنه ليس للبائع هنا أن يطالب المشتري بشيء فليس للبائع في المثال السابق مطالبة المشتري بثمن الأذرع الزائدة على أن بعض الفقهاء قد قالوا بأن تلك الزيادة لا تحل ديانة للمشتري كذلك إذا بيعت عرصة على أنها مائة ذراع وأن ثمن كل ذراع عشرة قروش وبين مقدار المجموع وفصلت اثمان اقسامه واجزائه يجري حكم هذا البيع على مقتضى حكم المادة ٢٢٥ وهو إذا ظهرت تلك العرصة وفقاً للمقدار المذكور فالبيع لازم وإذا ظهرت ناقصة كظهورها خمس وتسعين ذراعاً أو زائدة كظهورها مائة وخمسة اذرع فالمشتري مخير فإما أن يفسخ البيع ويترك المبيع وإما أن يأخذ العرصة بالثمن المبين لاقسام المبيع واجزائه أما إذا ظهر المبيع خمسة وتسعين ذراعاً فبما أن قسماً منه بذلك غير موجود فالبيع باطل في هذا القسم وصحيح في القسم الموجود والحاصل أنه ظهرت تلك العرصة خمسة وتسعين ذراعاً يأخذها المشتري بتسعمائة وخمسين قرشاً وإذا ظهرت مائة ذراع يأخذها بألف قرش فقد جعل المشتري هنا مخيراً إما لحصول التفريق في الصفقة أو فقد الوصف المرغوب من المبيع كما مر في شرح المادة (٢٢٥) وقد اصبح المشتري مخيراً في وقت ظهور زيادة في المبيع لأنه وان كان في الزيادة كما في شرح المادة ٢٢٥ نفع للمشتري فذلك النفع ممزوج بشيء من الضرر لاقتضائه الزيادة في الثمن وهذه الزيادة وان كانت وصفاً إلا أنها اصبحت صالحة لأن تكون اصلاً يمكن الانتفاع بها وحدها ولها حصة في الثمن لكونها في مبيع من المذروعات. وكذلك إذا بيع ثوب قماش ليفصل سروالاً على أنه ثمانية اذرع لكل ذراع خمسون قرشاً ثمناً أي أنه إذا بين في المبيع مقدار المجموع وفصلت اثمان كل قسم وجزء منه يجري حكمه، بمقتضى حكم المادة(٢٢٥) وهو إذا ظهر القماش وقت التسليم ثمانية اذرع كما ذكر في عقد البيع فالبيع لازم أما إذا ظهر سبعة اذرع أو تسعة فالمشتري يكون مخيراً فإما أن يفسخ البيع ويترك المبيع وإما أن يأخذ المقدار الذي يظهر ان كان زائداً أو ناقصاً بالثمن المعين لاقسام المبيع واجزائه وبعبارة أوضح إذا ظهر القماش سبعة أذرع يأخذه بثلاثمائة وخمسين قرشاً وإذا ظهر تسعة اذرع يأخذه باربعمائة وخمسين قرشاً .

إن هذه الأسئلة التي وردت في المجلة إنما هي للناقص والزايد إذا كان عدداً صحيحاً بدون كسر أما إذا ظهر كسر في الزيادة أو النقصان كأن ظهر القماش الذي بيع على أنه مائة ذراع وثمن كل ذراع منه عشرة قروش تسعاً وتسعين ذراعاً ونصفاً أو مائة ذراع ونصف يجري الحكم في ذلك

على المنوال المشروح حسب قول الإمام محمد وهو أعدل الأقوال فيكون المشتري مخيراً في الصورة الأولى في أخذ تسعمائة وخمسة وتسعين قرشاً وفي الصورة الثانية ألف وخمسة قروش لأنه لما كان الذراع بعشرة قروش فثمن النصف ذراع خمسة قروش. أما القماش الذي لا يكون بين أجزائه وأقسامه تفاوت وهو مما لا ضرر في تبعيضه كثوب من الجوخ إذا بيع على أنه مائة وخمسون ذراعاً بسبعة آلاف وخمسمائة قرش أو فصل أثمان أجزائه على أن ثمن كل ذراع خمسون قرشاً يجري الحكم في ذلك على مقتضى المادة «٢٢٣» فإذا ظهر الثوب وقت التسليم تاماً أي مائة وخمسين ذراعاً يكون البيع صحيحاً ولازماً في المبيع كله. وإذا ظهر ناقصاً كظهوره مائة وأربعين ذراعاً فالمشتري مخير فأما أن يفسخ البيع ويترك المبيع وأما أن يأخذ المقدار الذي ظهر بحصته من الثمن أي أنه يأخذ المائة والأربعين الذراع بسبعة آلاف قرش ويقال لهذا الخيار خيار تفريق الصفقة وإذا ظهر الثوب زائداً وقت التسليم فالبيع لازم والزيادة للبائع. ولا يكون البائع والمشتري مخيرين أنظر المادة «٢٢٢». كذلك إذا بيع ثوب كرباس على أنه مائة ذراع بخمسمائة قرش ثمناً لمجموعه أو بخمسة قروش لكل ذراع منه يجري الحكم في ذلك على المنوال المشروح آنفاً. أما عبارة «أما ثوب الجوخ ألخ» فهي مثال للعبارة الواردة في ابتداء هذه المادة فقط.

﴿المادة ٢٢٧﴾ إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فإن ظهر عند التسليم تاماً صح البيع ولزم وإن ظهر ناقصاً أو زائداً كان البيع في الصورتين فاسداً مثلاً إذا بيع قطيع غنم على أنه خمسون رأساً بألف وخمسمائة قرش فإذا ظهر عند التسليم خمسة وأربعين رأساً أو خمسة وخمسين فالبيع فاسد.

إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة بدون تفصيل أثمان آحاده وأفراده بل ذكر ثمن المجموع فقط فإذا ظهر المجموع موافقاً للمقدار الذي بين حين عقد البيع فالبيع صحيح ولازم في المجموع المذكور كله لأن المبيع والثمن معلومان وإذا ظهر ذلك المجموع أنقص من المقدار المبين أو أزيد منه ففي هاتين الصورتين يكون البيع فاسداً في مجموع المبيع لأنه إذا ظهر ناقصاً فلا تنقسم أجزاء الثمن على أجزاء المثمن في الأموال القيمية وتكون بذلك حصة المقدار الناقص من الثمن المسمى مجهولة وعلى ذلك يكون البيع فاسداً بمقتضى المادة «٢٣٨» وهذا الفساد ناشئ لجهالة الثمن كذلك إذا ظهر زيادة في المبيع فعلى مقتضى حكم المادة «٢٢٢» لا تدخل تلك الزيادة في البيع ويجب ردها للبائع ولكن بما أنها مجهولة فقد يكون ردها سبباً للنزاع فعلى ذلك كان البيع فاسداً وفساده لجهالة المبيع.

وقد ذكر في هذه المادة بيع المجموع ببيان ثمنه فقط أما بيع المجموع مع ذكره وتفصيل أثمان أحاده فسيأتي في المادة التالية وحكمه يجري على مقتضاها.

مثال إذا بيع خمسون رأساً من الغنم بألفين وخمسمائة قرش فظهر عند التسليم تاماً فالبيع

صحيح ولازم أما إذا ظهر ناقصاً كان ظهر خمسة وأربعين رأساً أو ظهر زائداً بأن كان خمسة وخمسين رأساً فالبيع فاسد وكذلك إذا بيع بستان على أنه محتو مائة شجرة مثمرة ووجدت الأشجار حاملة ثمراً فالبيع صحيح ولازم أما إذا ظهرت شجرة واحدة منها غير مثمرة فالبيع فاسد لأن الثمر داخل في البيع بذكره والتصريح به وله حصة من الثمن أما إذا لم تكن الأشجار كلها حاملة فالبيع باطل وينحصر البيع في الموجود فقط ولكن بما أن حصة الموجود في الثمن مجهولة فيكون البيع فاسداً.

﴿المادة ٢٢٨﴾ إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقداره وأثمان آحاده وأفراده فإذا ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع وإذا ظهر ناقصاً كان المشتري مخيراً إن شاء ترك وإن شاء أخذ ذلك القدر بحصته من ثمن المسمى وإذا ظهر زائداً كان البيع فاسداً مثلاً لو بيع قطيع غنم على أنه خمسون شاة كل شاة بخمسين قرشاً وإذا ظهر ذلك القطيع خمسة وأربعين شاة خير المشتري إن شاء ترك وإن شاء أخذ الخمسة وأربعين شاة بألفين ومايتين وخمسين قرشاً وإذا ظهر خمسة وخمسين رأساً كان البيع فاسداً.

إذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة صفقة واحدة وبين مقدار المجموع وفصل أثمان آحاده وأفراده فظهر عند التسليم وفقاً للمقدار المذكور أثناء العقد فالبيع صحيح ولازم أما إذا ظهر ناقصاً عن المقدار المذكور فالمشتري مخير فله أن يفسخ البيع ويترك المبيع وله أن يأخذ ذلك المقدار بحصته من الثمن المسمى لأنه لما فصل أثمان أحاده وأفراده كانت حصة الناقص من الثمن معلومة وبذلك صح البيع في الموجود وإنما يكون المشتري مخيراً بسبب تفريق الصفقة فقط أما إذا ظهر ذلك المجموع زائداً عن المقدار المبين فالبيع فاسد لأنه حسب المادة «٢٢٦» يجب رد الزيادة ولما كانت الزيادة مجهولة ويؤدي الجهل بها إلى النزاع فقد فسد البيع وليس لنا أن نقول إن للمشتري أن يأخذ الزيادة بالثمن المسمى كما حصل في المذروعات إذ انه قد لا يقبل البائع بإعطاء العدديات المتفاوتة الزائدة بالثمن المذكور لجودتها كما أنه قد لا يقبل بها المشتري لرداءتها ولا يوجد مثل هذا التفاوت في المذروعات التي هي من المثليات مثال ذلك: إذا بيع قطيع من الغنم على أنه خمسون رأساً لكل رأس خمسون قرشاً فظهر القطيع عند التسليم خمسين رأساً فالبيع صحيح ولازم أما إذا ظهر ناقصاً كأن ظهر خمسة وأربعين رأساً فالمشتري مخير فله أن يفسخ البيع ويترك المبيع وله أن يأخذ الخمسة وأربعين رأساً بألفين ومائتي قرش أما إذا ظهر زائداً بأن كان خمسة وخمسين رأساً فالبيع فاسد. قد جاء في المثال أن البيع يجري على خمسين رأساً لكل رأس خمسون قرشاً ولم يأت في المثال أن ثمن الرأسين مائة قرش والثلاثة رؤوس مائة وخمسون لأن البيع يكون فيها لو وقع على الوجه الأخير غير صحيح كما جاء في شرح المادة (٢٢٠) (الهندية).

وإذا حصل اختلاف بين البائع والمشتري في نقصان المبيع وتمامه فالقول مع اليمين للمشتري

في زيادة المبيع الزيادة التي تضر به فيما إذا قبضها لأن المشتري منكر قبض الزيادة مثال ذلك: إذا باع شخص عشرة أرطال من الأرز على أن ثمن الرطل عشرة قروش من آخر وسلمها إليه بعد الوزن فادعى المشتري أن الأرز الذي استلمه تسعة أرطال وادعى البائع أنه عشرة فالقول للمشتري إذا لم يثبت البائع بالبينة إن المشتري قبض العشرة الأرطال «علي أفندي» راجع المادة «٧٦» ما لم يكن المشتري مقراً بعد القبض أنه قبض المبيع تماماً وحينئذ لا يقبل ادعاؤه النقصان راجع المادة «٧٩» «رد المحتار» كذلك لا يقبل ادعاء المشتري إذا كان النقصان ناشئاً من الحرارة أو جزئياً يتداخل بين الوزنين وعليه ليس للمشتري شيء يأخذه من البائع (التنقيح)

﴿المادة ٢٢٩﴾ إن الصور التي يخير فيها المشتري من المواد السابقة إذا قبض المشتري المبيع مع علمه أنه ناقص لا يخير في الفسخ بعد القبض.

لأن المشتري يكون قد رضي بتفريق الصفقة «الطحطاوي» فيأخذ المبيع الذي ظهر ناقصاً في الأحوال المذكورة في المواد «٢٢٣ و٢٢٥ و٢٢٨» ويأخذه في الأحوال المذكورة في المادة «٢٢٤» بمجموع الثمن المسمى. مثال ذلك: إذا باع إنسان صبرة من حنطة صفقة واحدة على أنها خمسون كيلة وثمن كل كيلة منها عشرة قروش فاستلم المشتري الصبرة وهو عالم أنها خمس وأربعون كيلة فلا يبقى له خيار في فسخ البيع بل يكون مجبراً على أخذ الخمس والأربعين كيلة باربعمائة وخمسين قرشاً. وقد جاءت عبارة «إذا قبض المبيع وهو عالم» احترازاً عما إذا كان المشتري حين القبض غير عالم بوجود النقصان وعلم به بعد القبض ولم يظهر ما يدل على الرضاء فالأحرى في ذلك بأن يكون له الحق في رد المبيع.

قد وردت عبارة «المبيع كله» في هذه المادة وذلك احتراز عما إذا قبض المشتري بعض المبيع لأن حقه في رده لا يزول بقبضه بعضه «الطحطاوي، رد المحتار الخانية». فإذا قيل بما أنه قد وجد رضاء بالمقدار المقبوض ولم يوجد رضاء بالمقدار غير المقبوض فلما لا يكون الرد جائزاً في المقدار الذي لم يقبض وغير جائز في المقدار الذي قبض فالجواب على ذلك: أن ذلك يجعل تفريقاً في الصفقة فلذلك منع أما القول بوجوب الرضاء في القسمين بوجوده في قسم وهو المقبوض فغير صحيح لأنه خلاف الواقع. فعليه قد أصبح معنا ثلاث صور:

الأولى: أن يقبض المشتري الكل وهو عالم بنقصانه الثانية: أن يقبض الكل وهو غير عالم بنقصانه. الثالثة: أن يقبض البعض وهو عالم بالنقصان. ففي الصورة الأولى ليس له خيار أما في الصورتين الأخيرتين فله ذلك.

الفصل الرابع

في بيان ما يدخل في البيع بدون ذكر صريح وما لا يدخل

تلخيص – القاعدة الأولى: كل شيء يشمله المبيع في عرف البلدة ويباع تبعاً له دخل في البيع من غير ذكرٍ وعلى هذا فالأشياء التي تكون لجزء من المبيع تدخل من غير ذكر

القاعدة الثانية: كل ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار دخل في البيع من غير ذكر

القاعدة الثالثة: ما دخل في المبيع تبعاً من غير ذكر ليس له حصة من الثمن إلّا أنه إذا ذكر وصرح به وأدخل في المبيع كان له حصة من الثمن. وما تشمله الألفاظ العامة يدخل في البيع من غير ذكر والزيادة التي تحصل في المبيع بعد العقد هي للمشتري. ومسائل هذا الفصل مبنية على ثلاث قواعد وعلى أصل والقاعدة الأولى منها بينت في المادة ٢٣٠ والثانية في المادة ٢٣٢ والثالثة في المادة ٢٣٥ والمادة ٢٣١ تدخل حكماً في المادة ٢٣٢ (طحطاوي).

﴿المادة ٢٣٠﴾ كل ما جرى عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر مثلاً في بيع الدار يدخل المطبخ والكيلار وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون من غير ذكر لأن المطبخ والكيلار من مشتملات الدار وحديقة الزيتون تطلق على أرض تحتوي على أشجار الزيتون فلا يقال لأرض خالية حديقة زيتون.

المراد من عرف البلدة التعارف الجاري في البيع ويدخل ما ذكر في المبيع ولو لم يصرح بذكره في البيع بأنه بيع بجميع حقوقه (أنظر المادة ٣٦٠).

﴿المادة ٢٣١﴾ ما كان في حكم جزء من المبيع أي ما لا يقبل الانفكاك عن المبيع نظراً إلى غرض الاشتراء يدخل في البيع بدون ذكر مثلاً إذا بيع قفل دخل مفتاحه وإذا اشتريت بقرة حلوب لأجل اللبن يدخل فلوها الرضيع في البيع من غير ذكر.

وبعبارة أخرى الأشياء المنفصلة المنقولة التابعة للمبيع والتي يتوقف عليها الانتفاع بالمبيع هي في حكم جزء المبيع وفي حكم المتصل به فكما أنها إذا ذكرت وصرح بها في البيع تدخل فيه فكذلك إذا لم تذكر ولم يصرح بها لأنه لا ينتفع بالقفل بغير مفتاح كما لا ينتفع بالمفتاح بغير قفل وما يدخل في البيع أصالة كما إذا اشترى إنسان قفلاً من الحداد من غير أن يذكر دخول المفتاح في البيع أو عدم دخوله فالمفتاح داخل في هذا البيع. وما يدخل في البيع تبعاً كما إذا بيعت دار فالأقفال التي على أبواب هذه الدار تدخل في البيع تبعاً أما في بيع الفرس ذات الفلو فإن كانت في مجلس البيع بغير فلوها فلا يدخل الفلو في البيع بدون ذكره كما إذا بيعت وهي غائبة عن مجلس البيع ولم يذكر الفلو في البيع وإذا حضرت هي وفلوها مجلس البيع ولم يذكره في البيع ما يدل على دخول الفلو أو عدم دخوله فإنه يدخل في البيع بناء على العرف (أنظر المادة ٤٣) «رد المحتار» وكذلك إذا اشترى رجل شجرة للقطع من بستان آخر فإذا بين موضع قطعها، قطعها من الموضع الذي بين وإلاّ فله قطعها من عروقها أما إذا شرط البائع قطعها من وجه الأرض وجب قطعها من حيث شرط كما أنه إذا كانت الشجرة مجاورة لحائط وكان قطعها من عروقها مضراً بالبائع وجب على المشتري أن يقطعها من وجه الأرض وإن يكن البيع على هذا الوجه أي لم يبين فيه أن موضع القطع من وجه الأرض فتكون العروق داخلة في البيع إلاّ أنه ليس للمشتري أن يحفر الأرض لاستئصال الشجرة من عروقها بل يقطع الشجرة حسب العرف والعادة الجارية. وكذلك إذا اشترى شجرة ليقطعها وكان ينبت على عروقها ويتشعب منها أشجار أخرى فإن كان قطع الشجرة يؤدي إلى تلف هذه الأشجار دخلت في بيع تلك الشجرة وإلاّ فلا (بزازية).

﴿المادة ٢٣٢﴾ توابع المبيع المتصلة المستقرة تدخل في البيع تبعاً بدون ذكر مثلاً إذا بيعت دار دخل في البيع الأقفال المسمرة والدواليب أي الخزن المستقرة والدفوف المسمرة المعدة لوضع فرش والبستان الذي هو داخل حدود الدار والطرق الموصلة إلى الطريق العام الداخلة التي لا تنفذ وفي بيع العرصة تدخل الأشجار المغروسة على أن تستقر لأن جميع المذكورات لا تفصل عن المبيع فتدخل في البيع بدون ذكر ولا تصريح.

التوابع المتصلة المستقرة أي المتصلة بالمبيع اتصال القرار واتصال القرار وضع الشيء بحيث لا يفصل من محله ويدخل الشجر في هذا التعريف فإذا بيعت الأرض فالشجر المغروس فيها يدخل في البيع لأن الأشجار متصلة بالأرض اتصال القرار أما الأشجار اليابسة فلا تدخل في البيع لأن تلك الأشجار على شرف القلع فهي في حكم الحطب يعني أن الشجر اليابس وان كان متصلاً بالأرض إلا أن اتصاله ليس اتصال القرار أما الزرع فلما كان غير متصل بالأرض اتصال القرار لم يدخل في البيع وهو اشبه بالمتاع وكذلك الثمر فإنه وإن كان متصلاً بالشجر إلا أن اتصاله ليس

اتصال قرار فلا يدخل في بيع الشجر وهو شبيه بالثمر أيضاً والحاصل أن الزرع في الأرض والثمر على الشجر في حكم المتاع والدابة الحامل يدخل حملها في البيع لأنه وإن كان اتصاله بها ليس اتصال قرار فكان ينبغي الا يدخل في البيع إلا أن فصله لما كان خارجاً عن القدرة البشرية وإنما ينفصل بقدرة الله عز وجل فقد اعتبر من التوابع المتصلة وعلى ذلك هو جزء من الدابة فيجب أن يتبعها وكذلك يدخل في بيع الدار مفاتيح الأقفال المسمرة الثابتة في أبواب الدار لأن المفاتيح تابعة للأقفال المتصلة بالأبواب فهي في حكم الجزء منها كما ذكر في شرح المادة الآنفة وكذلك تدخل الأحجار والبلاط المفروش به المطبخ وساحة الدار ودرج الخشب المسمرة والأبواب ودولاب البئر المسمر والقدر في بيع الحمام والركائز المدفونة في الأرض في بيع الكروم والأحجار المثبتة في بيع العرصة أما الأحجار المدفونة فلا تدخل «أنظر المادة ٤٩» «رد المحتار. در المختار. مجمع الأنهر» وعلى ذلك إذا اشترى داراً بثمن معين ثم احترقت تلك الدار فأراد أن يبني داراً جديدة في عرصتها فليس للبائع منعه من بناء الدار بدعوى أن العرصة لم تدخل في بيع الدار لعدم ذكرها اثناء البيع «هداية» وإذا اختلف البائع والمشتري في قرار الأشياء مثلاً كأن يدعي المشتري أن هذا الشيء قد وضع على أن يكون مستقراً فهو داخل في البيع ويدعي البائع أنه لم يوضع على أن يكون مستقراً فهو خارج عن المبيع فهذا الاختلاف يرجع إلى الإختلاف في قدر المبيع فيجري فيه التحالف حسب المادة (٧٧٨) وقد يقال يصدق البائع لأن اختلافهما في تابع لم يرد عليه العقد والتحالف على خلاف القياس فيما ورد عليه العقد فلا يقاس عليه غيره والبائع ينكر خروجه عن ملكه والأصل بقاء ملكه فتأمل «رد المحتار».

﴿المادة٢٣٣﴾ ما لا يكون من مشتملات المبيع ولا هو من توابعه المتصلة المستقرة أو لم يكن في حكم جزء من المبيع أو لم تجر العادة والعرف ببيعه لا يدخل في البيع ما لم يذكر وقت البيع أما ما جرت عادة البلد والعرف ببيعه تبعاً للمبيع فيدخل في البيع من غير ذكر مثلاً الأشياء غير المستقرة التي توضع لأن تستعمل وتنقل من محل إلى آخر كالصندوق والكرسي والتخت المنفصلات لا تدخل في بيع الدار بلا ذكر وكذا احواض الليمون والأزهار المنفصلة والأشجار الصغيرة المغروسة على أن تنقل لمحل آخر وهي المسماة في عرفنا بالنصب ولا تدخل في بيع البساتين بدون ذكر كما لا يدخل الزرع في بيع الأراضي والثمر في بيع الأشجار ما لم تذكر صريحاً حين البيع لكن لجام دابة الركوب وخطام البعير وامثال ذلك فيما كان العرف والعادة فيها أن تباع تبعاً فهذه تدخل في البيع بدون ذكر.

ولا يدخل في بيع الدار التبن والشعير اللذين فيها ولا الأقفال غير المسمرة المحفوظة في الدار

والمصابيح والقناديل المعلقة في البيوت ولا السلالم والأواني والأثاث وفي بيع الحمام لا تدخل طساس الماء ولا القباقيب والمناشف وفي بيع البستان لا تدخل ركائز الشجر غير المغروزة ولا الفئوس وغيرها من الأدوات التي يعمل بها في البساتين وفي بيع الأرض لا يدخل البذر الذي لم ينبت والنبات الحديث الذي جد اخضراره وما عليها من الخضروات كالباذنجان والقطن والبرسيم والنحاس الدفين في التراب أو في الحائط لحفظه وكذلك النقود المخبوءة فكل ذلك لا يدخل في البيع ولو ذكر في البيع بالفاظ عامة كقول البائع بعت ذلك بجميع حقوقه «مجمع الأنهر» والمسائل التي تتفرع على هذه المادة هي أولاً: يجب على البائع أن يقلع الزرع والشجر ويقطف الثمر ويسلم المبيع إلى المشتري لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فعلى البائع أن يخلي المبيع من ماله كما أنه يجب على البائع أيضاً أن يخلي الدار من امتعته ويسلمها إلى المشتري «أنظر المادتين ٢٦٧ و٢٦٨». ثانياً: إذا اشترى شخص أرضاً بجميع حقوقها فهدم حائطها وظهر في الحائط رصاص أو صاج أو خشب فإذا كان ذلك من البناء دخل في البيع وإلا بأن كان كاحجار الرخام المحفوظة فهي للبائع فإن قال إنها ليست لي كانت لقطة. ثالثاً: إذا بيعت دار أو دكان فالقفل الذي ليس ثابتاً بل كان معلقاً على باب الدكان أو الدار لا يدخل في البيع ولو كان وقت البيع معلقاً أو كانت الدار أو الدكان تقفل به أو بغير من الأقفال الأخرى لأن القفل الذي لا يكون ثابتاً في الباب لا يكون متصلاً بالمبيع (زيلعي. رد المحتار)

رابعاً: في بيع الدار لا تدخل الطريق وحق الشرب وحق المسيل والدلو وحبله من غير ذكر يعني إذا لم ينص في البيع على دخولها أو لم يعمم حسب المادة ٢٣٥ لا يدخل في البيع (بزازية). خامساً: إذا باع شخص عدة غرف معينة من الفندق الذي يملكه فإن لم يصرح بطريق تلك الغرف أو لم يأت بالألفاظ العامة المذكورة في المادة ٢٣٥ فلا يدخل في البيع هذه الطريق(بزازية) وعلى هذا إذا اشترى إنسان تلك الغرف على ظن أن لها طريقاً آخر غير الطريق العام فهو مخير بخيار العيب وليس له أن يمر من طريق البائع أما إذا كان البائع ذكر في عقد البيع الألفاظ العامة المذكورة في المادة ٢٣٥ كأن قال بعت هذه الغرف بجميع حقوقها أو جميع مرافقها دخلت طريق هذه الغرف في البيع (بزازية. خلاصة. هندية) أما إذا باع إنسان بستانه الذي في حقله مع طريقه ولم يعين الطريق ولم يكن للبستان طريق معينة فإذا كانت جوانب ذلك الحقل غير متفاوتة فللمشتري أن يتخذ من أي جوانبه شاء طريقاً إلى بستانه وإذا كانت جوانب الحقل متفاوتة فالبيع فاسد (بزازية). سادساً: في بيع الدار لا يدخل البستان الذي يكون خارج الدار إلا إذا كان أصغر منها فيدخل تبعاً ولو مثلها أو أكبر فلا إلا بالشرط (زيلعي، عيني، رد المحتار) .

ويفهم من قيد (إذا لم يذكر في البيع) إلخ. ان الأشياء التي لا تدخل في البيع من غير ذكر تدخل إذا ذكرت وشرط دخولها فيه فإذا قال البائع بعت هذه الأرض مع ما عليها من الثمر أو بعت هذه الأرض مع الزرع أو بعت هذه الشجرة مع ما عليها من الثمر أو بعت هذه الشجرة مع ثمرها أو بعت هذا الحصان مع سرجه دخل الزرع والثمر والسرج في المبيع فإذا قال إنسان لآخر بعت

هذه الأرض منك على أن يكون ما عليها من الزرع لك أو بعت هذه الشجر منك على أن يكون عليها من الثمر لك فالبيع صحيح والزرع والثمر يدخلان في البيع .

والأمثلة التي تقدمت هي للفقرة الأولى من هذه المادة إلا أنه يدخل بيع اللجام في بيع حصان الركوب ورسن حصان الحمل في البلد التي في عاداتها وعرفها أن يدخل ذلك تبعاً لأن الحصان لا ينقاد بلا رسن (زيلعي. هندية) وفي بيع الحصان لا يدخل السرج من غير ذكر لأن الحصان ينقاد بلا سرج بخلاف الحمار فإنه لا ينقاد بغير رسن (أنظر المواد ٦٣و ٣٧و ٤٢و ٤٥).

﴿المادة ٢٣٤﴾ ما دخل في البيع تبعاً لا حصة له من الثمن مثلاً لو سرق حطام البعير المبتاع قبل القبض لا يلزم في مقابلته تنزيل شيء من الثمن المسمى .

«تبعاً» يعني الذي لا يدخل قصداً أو الذي يدخل في البيع من غير ذكر فإذا تلف أو ضاع قبل القبض أي بغير الإستحقاق فليس له حصة من الثمن فإذاً لا يسقط شيء من الثمن بهلاك ذلك الشيء أو ضياعه لأنه كالوصف «أنظر المادة ٤٨» إلا أن المشتري مخير فإن شاء أخذ المبيع وان شاء تركه والحاصل أنه يقال للأمور التي تدخل في البيع تبعاً أوصاف ويقال للنقصان الذي يعرض للمبيع بسبب هلاك تلك الأمور نقصان وصف ففي بيع الأرض تدخل الأشجار القائمة عليها تبعاً فهي وصف (أنظر شرح المادة ٢٢٦) وكذلك في بيع الحيوان يدخل الرأس والأرجل وفي بيع المكيلات والموزونات تدخل الجودة تبعاً فذلك كله وصف (بزازية) فعلى هذا إذا بيعت دابة فقطعت اذنها أو ذنبها قبل التسليم فلا يسقط شيء من الثمن المسمى إلا أن المشتري مخير في قبول المبيع وتركه. قلنا ليس له حصة من الثمن في غير استحقاق أما في الإستحقاق فله حصة من الثمن فعلى هذا إذا ضبط الشيء الداخل في البيع تبعاً بالإستحقاق فإذا كان ذلك بعد القبض ينظر فيها إذا كان الوصف كحق المسيل مما لا يجوز بيعه منفرداً فبما أنه ليس له حصة من الثمن حتى يرجع البائع به فإنه مخير بين أن يأخذ الباقي بكل الثمن وأن يتركه وإذا كان كالشجر مما يجوز بيعه منفرداً فبما أن له حصة من الثمن فالمشتري يرجع بها على البائع (رد المحتار) والمسائل المتفرعة على هذه المادة هي أولاً: إذا بيع حصان بألف قرش فسرق رسن هذا الحصان قبل القبض فلا يلزم حط شيء من الألف حسب شرح المادة (٢٩٣) وهو الثمن المسمى إلا أن المشتري مخير في أن يترك المبيع وأن يقبله ويدفع إلى البائع الثمن المسمى بتمامه كما أنه إذا ظهر عيب فيما يدخل تبعاً في البيع فليس للمشتري أن يرجع على بائعه بشيء(طحطاوي) ثانياً: إذا كان لإنسان أرض وللآخر أشجار فيها فباع صاحب الأرض بإذن الآخر جميع ذلك بألف قرش فإذا كان قيمة كل منهما خمسمائة قرش قسم ثمن المبيع مناصفة بينهما وعلى هذه الصورة إذا اصابت تلك الأشجار آفة سماوية وتلفت قبل القبض فالمشتري مخير فله ترك المبيع وله أخذه بكل الثمن وكل الثمن يكون لصاحب الأرض لأن الأشجار وصف والثمن مقابل للأصل وليس مقابلاً للوصف أما إذا فصل ثمن الأرض والشجر اثناء البيع فبما أنه قد جعل في البيع حصة للشجر من الثمن فبهلاك الشجر تسقط حصته من الثمن وإذا هلك

نصف الشجر فربع الثمن يعود على صاحب الشجر وثلاثة ارباعه لرب الأرض .

قد ذكر في الشرح (الذي لا يدخل قصداً) فعلى هذا إذا كان الشيء الذي يدخل في البيع تبعاً ادخل قصداً في البيع أي ذكر في البيع وصرح بدخوله فيه وهلك قبل القبض سقطت حصته من الثمن لأنه مبيع مقصود «طحطاوي» (أنظر المادة ٢٩٣) إلا أنه إذا ظهر أن ذلك الشيء الذي يدخل في البيع تبعاً والذي ادخل حين البيع قصداً غير موجود فالمشتري مخير فإما أن يقبل المال بجميع الثمن المسمى وأما أن يتركه (أنظر المادة ٣١٠) أما في بيع المال الذي لا يدخل في البيع بدون ذكر إذا شرط اثناء البيع وجوده ودخوله في البيع فوجد أصل المبيع ولم يوجد ذلك المال فالمشتري يأخذ ذلك المال بحصته من الثمن.

﴿المادة ٢٣٥﴾ الأشياء التي تشملها الألفاظ العمومية التي تزاد في صيغة العقد وقت البيع تدخل في البيع مثلاً لو قال البائع بعتك هذه الدار بجميع حقوقها دخل في البيع حق المرور وحق الشرب وحق المسيل.

بشرط أن تكون موجودة وقت البيع وكذلك الطريق الخاص الموجودة والألفاظ العامة اربعة وهي: (١) بجميع حقوقه(٢) بجميع مرافقه(٣) بكل قليل وكثير فيه (٤) بكل قليل وكثير منه.

ويرد على هذا أنه ذكر في المادة٢٣٢ أنه إذا بيعت الدار يدخل في البيع الطرق الموصلة إلى الطريق العام أو الزقاق غير النافذ ويفهم من هذه المادة أن ذلك لا يدخل في البيع من غير أن يذكر في البيع إحدى الألفاظ العامة فيكون بين المادتين تناف والجواب على هذا الاعتراض أن الذي يدخل في البيع بحكم المادة ٢٣٢ هي الطريق التي تكون من التوابع المتصلة بالمبيع والذي لا يدخل في البيع بدون اللفظ العام هو حق المرور فالداخل وغير الداخل مختلفان ولا تناف بين المادتين.

و(الحقوق) جمع حق والحق يكون تارة بمعنى ضد الباطل وتارة بمعنى الشيء الذي يستحقه الإنسان والمقصود هنا من الحق الشيء التابع للمبيع اللازم له والمقصود بسببه فقط كالدلو والحبل في بيع البئر وكحق الشرب وحق المسيل وحق الطريق في بيع الأرض أو بيع الدار. المرافق عند الإمام بمعنى منافع الدار إلا أنه يفهم من ظاهر الرواية أنها أتت هنا بمعنى الحقوق فهي مرادفة للفظة الحقوق وذكر احداهما يغني عن الأخرى إلا أن الثالث والرابع من الألفاظ العامة تفترقان أحياناً عن اللفظين الأولين ففي بيع الأرض لا يدخل الزرع والثمر باللفظين الأولين ويدخلان في اللفظين الآخرين. مثال ذلك: إذا قال البائع بعت هذه الأرض بكل قليل وكثير فيها يدخل الزرع والثمر في البيع إلا الزرع المحصود والثمر المقطوف اللذين يكونان في الأرض المبيعة ما لم يصرح بدخولهما في البيع وكذلك إذا قال بعت هذه الأرض بكل قليل وكثير هو فيها ومنها من حقوقها ومرافقها يدخل الزرع القائم في الأرض في هذا البيع وقد قيدت الطريق الخاص في الشرح بكونها موجودة حين البيع لأنه إذا كان للشخص طريق خاص مؤدية إلى داره فسد هذه الطريق وفتح طريقاً آخر

للدار من محل آخر ثم باع الدار بجميع حقوقها دخلت الطريق الموجودة وقت البيع وهي الطريق الثانية ولم تدخل الطريق الأولى وكذلك إذا اشترى إنسان داراً وكانت طريق تلك الدار الطريق العام والشارع النافذ فلا تدخل هذه الطريق في مثل هذا البيع لأن مثل هذا الطريق غير مملوك لأحد ولا تباع تلك الطريق ولا تشرى إلا أن المشتري يحق له أن يمر من تلك الطريق ككل الناس(أنظر المادة ٩٢٦).

﴿المادة ٢٣٦﴾ الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمرة واشباهها هي للمشتري مثلاً إذا بيع بستان ثم قبل القبض حصل فيه زيادة كالثمر والخضراوات تكون تلك الزيادة للمشتري وكذا لو ولدت الدابة المبيعة فبل القبض كان الولد للمشتري.

وبعبارة أخرى ثمرة المبيع الذي يباع بيعاً باتاً لازماً وزيادته هما للمشتري وإنما يعد ذلك زيادة على المبيع لأن تلك الثمرة نماء ملك المشتري (أنظر المادة ٨٥) أما كون الثمر للمشتري فظاهر إلا أن الخضرة إذا كان البائع قد زرعها حسب شرح المادة ٢٣٣ فهي للبائع وإذا كانت من النبات الذي ينبت بنفسه حسب المادة ١٢٤١ فهي مباح وليست ملكاً لأحد فينبغي اختيار الشق الثالث وهو إذا كان البائع بعد أن زرع الخضرة في الأرض ونبتت باع تلك الأرض بالخضرة التي نبتت ثم نمت تلك الخضرة وكثرت قبل التسليم فذلك النمو والزيادة في الخضرة يعدان من المبيع فالمسألة حسب هذا المثال تحتاج إلى هذا التأويل أما المال الذي يباع بالخيار فالثمرة التي تحصل منه قبل القبض يبقى حكمها موقوفاً فإذا تم البيع واصبح لازماً باسقاط الخيار وسقوطه تصبح الزيادة للمشتري وإذا فسخ البيع عادت للبائع (هندية).



الباب الثالث

في بيان المسائل المتعلقة بالثمن وفيه فصلان

الفصل الأول

في بيان المسائل المترتبة على أوصاف الثمن وأحواله

﴿المادة ٢٣٧﴾ تسمية الثمن حين البيع لازمة فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً.

يجب حين البيع ذكر الثمن وتسميته فإذا كان مسكوتاً عنه حين البيع فالبيع فاسد وليس بباطل لأن البيع المطلق يقتضي المعاوضة فإذا سكت البائع عن الثمن كان مقصده أخذ قيمة المبيع فكأنه يقول بعت مالي بقيمته والاقتصار على ذكر القيمة مجملة يجعل الثمن مجهولاً فيكون البيع فاسداً لا باطلاً.

ويفهم من قول المجلة في هذه المادة (إذا لم يذكر ثمن المبيع) أنه إذا بيع المال ونفي الثمن حقيقة أو حكماً فالبيع باطل حتى إن قبض المبيع لا يفيد المشتري الملكية لأنه نفي الثمن نفي لركن من أركان البيع وهو المال فلا تكون مثل هذه المعاملة بيعاً (الدرر) ولا قياس ذلك بالسكوت عن الثمن لأنه لا عبرة للدلالة مع التصريح وعدم ذكر الثمن حقيقة كأن يقول البائع للمشتري بعتك هذا المال مجاناً أو بلا بدل فيقول المشتري قبلت فهذا البيع باطل وعدم ذكر الثمن حكماً كأن يقول إنسان لآخر بعتك هذا المال بألف القرش التي لك في ذمتي فيقبل المشتري مع كون المتعاقدين يعلمان أن لا دين فالبيع في مثل هذه الصورة لا يصح لأن اتخاذ ما لا يقصد أن يكون ثمناً - ثمناً بمنزله البيع بلا ذكر الثمن (بزازية، هندية، رد المحتار).

والخلاصة أن في الثمن ثلاثة احتمالات: الأول السكوت عنه. الثاني نفيه حقيقة. الثالث نفيه حكماً. ففي الأول البيع فاسد وفي الثاني والثالث البيع باطل.

﴿المادة ٢٣٨﴾ يلزم أن يكون الثمن معلوماً.

والعلم بالثمن (١) العلم بقدره (٢) العلم بوصفه صراحة أو عرفاً وكذلك إذا كان الثمن يحتاج حمله إلى نفقة وجب العلم بمكان التسليم وكل ذلك لازم لئلا يفسد البيع فإن الجهل بالثمن مؤد إلى النزاع فإذا كان الثمن مجهولاً فالبيع فاسد ويفهم من لفظتي (قدراً، وصفاً).

إن الثمن يجب أن يكون معلوماً وصفاً كأن يقال دينار سوري أو مصري أو إنكليزي (ابن عابدين على البحر) والمسائل التي تتفرع عن هذه المادة هي:

١ - إذا قال إنسان لآخر بعتك هذا المال برأس ماله أو بقيمته الحقيقية أو بالقيمة التي يقدرها المخمنون أو بالثمن الذي شرى به فلان فإذا لم تقدر القيمة ويعين ثمن المبيع في المجلس فالبيع فاسد ما لم يكن المبيع مما لا تتفاوت قيمته كالخبز. أما إذا عين الثمن أو قدر ولو بعد الإيجاب والقبول فالبيع صحيح (أنظر المادة ٢٤) إلا أن المشتري يكون في ذلك مخيراً فله أن يفسخ البيع وله أن يقبل المبيع بذلك الثمن لأن الثمن الذي يلزم المشتري قد ظهر وانكشف في الحال (كفوي) ويقال لهذا الخيار خيار تكشف الحال «أنظر المادة ٢١٨» (الهندية).

٢ - إذا كان إنسان مديناً لآخر بألف قرش فقال له خذ مني كذا كيلة حنطة والثمن محسوب من الدين بالقيمة الرائجة وقد قبض الدائن تلك الحنطة والسعر الرائج يوم قبضها معلوم للمتعاقدين فتكون الحنطة قد بيعت بالسعر الرائج يوم قبضها. أما إذا كان السعر الرائج للحنطة يوم قبضها مجهولاً فالبيع غير صحيح سواء أكان أهل البلد يعلمون السعر الرائج أم لا يعلمون.

٣ - البيع بالرقم فاسد. مثال ذلك: إذا قال إنسان لآخر بعتك هذا الثوب بما هو مرقوم في هذا الدفتر من الثمن للثوب فالبيع فاسد أما إذا كان المشتري يعلم قبل تفرق المجلس الثمن المرقوم في ذلك الدفتر وقبل به فالبيع ينقلب إلى الصحة ويستثنى من ذلك ما إذا كانت جهالة الثمن ليست بحيث تبعث على النزاع فإن البيع في مثل ذلك لا يفسد. مثال ذلك: أن يقول مدين لشخص بعشرة دنانير لهذا الشخص بعتك مالي هذا بباقي عشرة الدنانير ويقبل رب الدين هذا البيع فالبيع صحيح مع جهالة الثمن لأن الجهالة ههنا لا تؤدي إلى النزاع (أبو السعود) لأن ثمنها يكون عشرة عشرة بضم الثاني إلى الأول.

كون الثمن معلوماً بالوصف: - إذا اعتبرت الحنطة ثمن مبيع وجب وصف الحنطة أنها من الجنس الأعلى أو الأدنى أو الأوسط ولا يفسد البيع. إن المادة (٢٤٠) فرع للزوم كون الثمن معلوماً وصفاً.

بيان مكان تسليم الثمن: - إذا كان الثمن مؤجلاً وكان محوجاً حمله إلى نفقة وجب بيان المحل الذي سيسلم فيه فإذا بيع مال بثمن مؤجل من المكيلات أو الموزونات ولم يعين مكان تسليم الثمن فالبيع غير صحيح وإذا عين مكان التسليم وجب أن يسلم الثمن حيث عيّن (أنظر المادة

٨٣) أما إذا كان الثمن المؤجل غير محتاجٍ للحمل والمؤونة فلا يشترط بيان مكان التسليم فالمشتري يسلمه حيثما شاء حتى لو اشترط البائع في مثل هذا التسليم في مكان معين لم يلزمه الشرط بل له أن تسلمه حيثما أراد لأن ذلك لا يؤدي إلى النزاع لأن الثمن لا يستلزم تسليمه مؤونة وكلفة وقد قيد الثمن بالمؤجل لأن الثمن المعجل الذي لا يتطلب تسليمه نفقة إذا اشترط تسليمه في بلد آخر فالبيع فاسد (بزازية. انقروي) لأن في ذلك منفعة للبائع وهو السلامة من خطر الطريق والبيع الذي يشترط فيه ما فيه فائدة لأحد العاقدين يفسد.

﴿المادة ٢٣٩﴾ إذا كان الثمن حاضراً فالعلم به يحصل بمشاهدته والإشارة إليه وإذا كان غائباً يحصل ببيان مقداره ووصفه.

الثمن إما أن يكون معلوماً بالمشاهدة والإشارة كما إذا كان حاضراً في مجلس البيع أو ببيان مقداره كأن يذكر أن الثمن كذا ديناراً وبيان وصفه كان يذكر صراحة أو دلالة أن الدينار فرنساوي أو إنكليزي أو عثماني يعني أن الثمن يعمل بالإشارة أي إذا أشير إلى الثمن لا يلزم بيان قدره ووصفه لإن الإشارة أبلغ وسائل التعريف فجهالة قدر الثمن ووصفه بعد الإشارة إليه لا تكون باعثة على النزاع ولا مانعة في جواز البيع إلاَّ إذا كان المال ربوياً بيع بجنسه فإنه لا يجوز جزافاً لاحتمال الربا أو رأس مال سلم فإنه لا يجوز إذا كان من المقدرات إلاَّ أن يكون معلوم القدر عند أبي حنيفة (زيلعي) أي لأن السلم قد ينفسخ فيلزم رد رأس المال فإذا لم يعلم لم يمكن الرد.

خيار الكمية في الثمن إذا كان الثمن في محفظة بحيث لا يرى من الخارج فأشار المشتري إليه واشترى المال بالنقود التي في هذه المحفظة فالبائع مخير عند فتح المحفظة ولو كان ما في المحفظة من نقد البلد فله قبول البيع بالثمن المذكور وله فسخ البيع لأنه لا يعلم ما في داخل المحفظة ويقال لهذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لأن خيار الرؤية لا يكون في النقود (أنظر المادة ٣٥٥).

وكذلك إذا أشار المشتري إلى النقود المستورة وظهر بعد انعقاد البيع أنها مزيفة أو من نقد غير نقد البلد فعلى المشتري أن يؤدي الثمن من نقد البلد ومن النقد الجيد فإذا قبض البائع الثمن وادعى بعد القبض أنها نقود مزيفة وأراد ردها إلى المشتري فقال المشتري إن هذه النقود غير التي دفعتها إليك فالقول للمشتري لأن الثمن غير متعين فكأنه منكر قبض الواجب بالعقد والمبيع متعين وهو يدعى فسخ هذا العقد من هذا العين وهو ينكر ومثال البيع الذي يشار فيه إلى الثمن كما إذا قال المشتري قد اشتريت هذه الصبرة من الحنطة بهذه الدنانير التي في يدي وقبل البائع البيع فالبيع صحيح ولازم إذا كان البائع رأى الدنانير التي في يد المشتري وإن لم يكن عالماً بقدر الدنانير ووصفها.

مثال للبيان صراحة - وهو كما إذا قال شخص لآخر بعتك حصاني هذا بعشرة دنانير من ذي المائة فبذكر القدر والوصف يعلم الثمن ويجب أداء الذهب من النوع الذي ذكر فإذا كان رائج

الذهب العثماني في الإستانة بمائة وثمانية قروش والبائعان عقدا البيع على مائة ليرة عثمانية ثم اجتمعا بعد ذلك في مدينة جدة وطلب البائع الثمن من المشتري وكان هناك ذهب عثماني فعلى المشتري أن يؤدي البائع المائة الذهب وليس للمشتري أن يدفع أنقص من ذلك بداعي أن رائج الذهب في جدة مائة وعشرون قرشاً.

البيان دلالة – كما إذا اختلف الطرفان في كمية الثمن ثم أنشأا عقد البيع بعد ذلك ينظر إلى الكلام الأخير ويحكم بأنه الثمن أما المسائل المتفرعة عن البيان دلالة فهي:

أولاً: إذا أراد شخص اشتراء مال من شخص آخر فتساوما فقال البائع بعته بخمسة عشر قرشاً وقال المشتري اشتريته بعشرة قروش وكان المال وقت المساومة في يد المشتري فأخذه وذهب وسكت البائع فثمن المبيع يكون خمسة عشر قرشاً «أنظر الفقرة الثانية من المادة – ٦٧» وأما إذا كان المال في يد البائع فأخذه المشتري منه وذهب المشتري ولم يمنعه البائع فالثمن عشرة قروش. ثانياً: إذا قال المشتري اشتريته بعشرة قروش فقال البائع لا أبيعه إلاَّ بخمسة عشر فرد المشتري المبيع للبائع ثم طلبه من البائع والبائع سلمه إليه بدون أن يتكلم شيئاً فثمن المبيع يكون عشرة قروش.

ثالثاً: إذا قال شخص لآخر إن ثمن هذا المتاع عشرون قرشاً فقال الآخر لا أريده وذهب ثم عاد فأخذ المتاع بغير مساومة للبائع فيكون الثمن عشرين غرشاً. رابعاً: إذا ساوم المشتري آخر متاعاً ثم تفارقا ثم عاد بإناء ليضع فيه المتاع ودفع إلى البائع نقوداً فالبيع ينعقد على ما تساوما عليه.

﴿المادة ٢٤٠﴾ البلد الذي يتعدد فيه نوع الدينار المتداول إذا بيع فيه شيء بكذا ديناراً ولم يبين فيه نوع الدينار يكون البيع فاسداً والدراهم كالدنانير في هذا الحكم.

هذا في الذهب الذي يكون متساوياً في الرواج مختلفاً في المالية فإذا لم يبين حين العقد وصف الذهب كأن يقال (جنيه عثماني أو فرنساوي أو انكليزي) مثلاً أو بعد العقد وقبل التفرق من المجلس فالبيع فاسد لأن وصف الثمن يبقى مجهولاً فالبائع يطلب الأرفع والمشتري يعرض الأدون فيقع النزاع بين المتبايعين وبما أن الجهالة الباعثة على النزاع مفسدة للبيع فالبيع في هذه الصورة فاسد. وههنا أربع صور في واحدة منه يفسد البيع وفي الباقي يصح فالمسألة التي نصت عليه المجلة مطلقة هي في الحقيقة مقيدة وهذه الصور الأربع:

(١) ان تكون الدنانير متساوية الرواج مختلفة المالية ففي هذه الصورة البيع فاسد (٢) أن تكون مختلفة الرواج والمالية (٣) أن تكون متساوية المالية مختلفة الرواج (٤) أن تكون متساوية المالية والرواج. فالصورة الأولى كأن يعقد البيع على جنيه في بلد يتداول فيها الجنيهات العثمانية والإنكليزية والفرنساوية متساوية الرواج فإذا عقد البيع في هذا البلد على جنيه مطلق من غير بيان لنوعه هل هو

عثماني أو إنكليزي أو فرنساوي فالبيع فاسد لان ثلاثة أنواع هذه الجنيهات متساوية الرواج في هذه البلد فلا ينصرف الجنيه عادة إلى أحد هذه الجنيهات كما أن ماليتها مختلفة أيضاً لأن الجنيه العثماني تزيد قيمته عن الجنيه الفرنساوي والجنيه الإنكليزي تزيد قيمته عن الجنيه العثماني إلّا أنه إذا عين الجنيه في هذه الصورة بعد العقد وقبل التفرق ووقع التراضي فالبيع ينقلب إلى الصحة لأن المفسد قد ارتفع قبل التفرق فكان هذا البيان كالبيان المقارن (أنظر المادة - ٢٤) والصورتان الثانية والثالثة اللتان يكون فيهما الذهب مختلف الرواج كأن يكون الجنيه العثماني في بلد أروج من الجنيه الإنكليزي والفرنساوي فالبيع فيهما صحيح سواء أكانت الجنيهات المتداولة متساوية أم غير متساوية وينصرف الجنيه عند الإطلاق في عقد البيع إلى الأكثر رواجاً وتداولاً في تلك البلد (أنظر المادة ٤٥) وعلى ذلك فإذا اشترى شخص من آخر متاعاً بكذا جنيهات في الاستانة فبما أن الذهب العثماني هنالك أروج من غيره ينصرف الجنيه إلى الجنيه العثماني فإذا اجتمع المتبايعان بعد ذلك في مدينة بيروت فليس للمشتري أن يدفع الثمن للبائع جنيهات فرنساوية بداعي أنها أروج من غيرها في بيروت لأن العبرة للأروج في البلد الذي وقع فيه العقد فعلى المشتري أن يدفع الثمن من نوع الذهب الذي يكون أكثر رواجاً في البلد الذي وقع فيه البيع. الصورة الرابعة وهي التي تكون فيها الدنانير متساوية المالية والرواج، البيع فيها صحيح وللمشتري أن يدفع الثمن من أي نوع شاء من الدنانير لأن الوصف هنا وإن كان مجهولاً إلا أنه لا يؤدي إلى النزاع وليس في الوقت الحاضر نقد من الذهب متساوي المالية إلا أن الدول إذا اتفقت جميعها على توحيد دنانيرها ظهرت فائدة هذه الصورة (رد المحتار. بحر. زيلعي).

والفضة أيضاً على هذا المنوال أي إذا كان في بلدة نقود فضية مختلفة المالية متساوية الرواج ولم يبين في عقد البيع نوعها كأن يقال (كذا ريالًا) أو مجيدياً أو مصرياً أو فرنكاً أو شلناً من غير بيان للوصف فإذا عين الطرفان بالتراضي نوع تلك الفضة في مجلس العقد قبل التفرق فالبيع لا يكون فاسداً وإلّا كان فاسداً أما إذا كانت النقود الفضية مختلفة الرواج متساوية المالية أو مختلفتها فالبيع صحيح وينصرف الثمن إلى أروج أنواع الفضة في تلك البلدة كما أنه إذا كانت أنواع النقود الفضية متساوية رواجاً ومالية فالبيع أيضاً صحيح والمشتري له أن يدفع من أيها شاء.

﴿المادة ٢٤١﴾ إذا جرى البيع على قدر معلوم من القروش كان للمشتري أن يؤدي الثمن من أي نوع شاء من النقود الرائجة غير الممنوع تداولها وليس للبائع أن يطلب نوعاً مخصوصاً منها.

لأن طلب البائع ذلك النوع الذي لا يزيد قيمة عن غيره وامتناعه عن قبول ما يؤدي إليه إنما هو تعنت فإذا سمي الثمن قروشاً في عقد البيع فلا يحكم بفساد البيع بداعي أنه لم يذكر وصف الثمن لأن صورة الفساد من الصور الأربع أن يكون الثمن متساوياً رواجاً مختلفاً مالية فتقدير الثمن

بالقروش لا يجعل اختلافاً في مالية الثمن وإن كان القرش في الأصل اسماً لقطعة فضية معلومة إلاّ أن العرف جرى على جواز أداء أي نوع من النقود الرائجة فيما إذا كان الثمن سمي قروشاً أي يجوز أن يدفع الثمن ذهباً أو فضة من أي نوع كان منهما من المتداول ولا يحتم دفع الثمن من القروش الفضية المضروبة مثلاً إذا اشترى شخص في الآستانة مالاً بمائتي قرش فهو مخير بين أن يدفع ديناراً عثمانياً باعتبار أنه مائة وثمانية قروش وأن يدفع ريالاً مجيدياً بعشرين قرشاً وأن يدفع بشلكاً من النقود المغشوشة بقرشين ونصف أو من النقود الفضية ذات القرش أو أن يدفع المائتي القرش مخلوطة من النقود السالفة الذكر وليس للبائع أن يطالب المشتري أن يدفع الثمن من النقود الفضية من سكة القرش باعتبار أن القرش يطلق عليها لأنها وإن كان يطلق عليها القرش إلاّ أن النقود الأخرى تقوم بالقرش إذ إن هذه النقود بعضها ذو عشرة قروش وبعضها ذو عشرين قرشاً وبعضها ذو مائة وثمانية قروش وبعضها ذو خمسة قروش وبعضها يقوم بأقل أو أكثر ولذلك لا يخطر ببال أحد أن البيع إذا كان بالقرش فالمقصود منه نفس القطعة المسماة وإذا كان الشراء بالقروش المراد بها ما يعم الكل ثم رخص بعض أنواع العملة أو كلها واختلفت في الرخص بأن كان بعضها كثير الرخص وبعضها قليله وبعضها متوسطه فالحكم الموافق فيما إذا وقع الرخص قبل تسليم المبيع أن يؤمر المشتري بدفع المتوسط رخصاً لا الأكثر ولا الأقل لأن الضرر في ذلك ينقسم بين البائع أو المشتري فيحصل بذلك العدل بينهما والمساواة بخلاف ما إذا أمر المشتري بدفع الأكثر رخصاً فانه يختص بحمل الضرر كما أنه إذا أمر بدفع الأقل رخصاً فان البائع يختص بحمل الضرر «أنظر المادة - ٣١» وإذا رخص بعض العملة الرائجة قبل أداء الثمن وبعضها بقي على قيمته فالمشتري مجبر على أن يدفع الثمن من العملة التي بقيت على قيمتها وليس للمشتري أن يدفع الثمن من العملة التي رخصت حسب سعرها سابقاً من غير رضا البائع «رد المحتار. تعليقات ابن عابدين على البحر».

﴿المادة ٢٤٢﴾ إذا بين وصف لثمن وقت البيع لزم على المشتري أن يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها مثلاً لو عقد البيع على ذهب مجيدي أو انكليزي أو فرنساوي أو ريال مجيدي أو عمودي لزم على المشتري أن يؤدي الثمن من النوع الذي وصفه وبيّنه من هذه الأنواع.

ولا يحق للمشتري أن يعطيه الثمن من أنواع النقد السائرة لأن التعيين على هذا مفيد وتعيين الثمن على هذا الوجه لا ينافي الحكم الذي تضمنته المادة الآتية وهو أن الثمن لا يتعين بتعيينه في العقد لأن المقصود منه عدم تعيينه استحقاقاً إذ ان الثمن يتعين جنساً وقدراً ووصفاً باتفاق الفقهاء وعلى هذا أولاً: إذا بيع مال بمائة جنيه عثماني فالمشتري ملزم بأن يؤدي مائة جنيه عثماني وليس له أن يؤدي مكان ذلك مائة جنيه فرنساوي كما أنه ليس للبائع أن يطلب المشتري بدفع مائة ليرة انكليزية.

ثانياً: إذا باع شخص من آخر مالاً بنقد فضي ثم أخذ من المشتري بعد البيع صكاً بنقد

ذهبي فلا يحل للبائع ديانة أن يأخذ ذهباً بمقتضى ذلك الصك أما إذا وصل النزاع إلى المحكمة وادعى البائع أن البيع وقع على كون الثمن ذهباً وأقر المشتري أن الختم والإمضاء اللذين في الصك له ولكن زعم أن البيع وقع على كون الثمن فضة فإذا أثبت المشتري ذلك قبل منه وإلا فله أن يطلب تحليف البائع بأن المشتري ليس كاذباً في إقراره هذا «أنظر المادة ١٥٨٩» فإذا حلف البائع حكم الحاكم على المشتري بدفع ذهباً استناداً على إقراره الكتابي.

ثالثاً: إذا قال شخص لآخر قد اشتريت منك هذا المال بخمسمائة قرش نقوداً ذهبية وفضية فقبل البائع فعلى المشتري أن يدفع الثمن ذهباً وفضة مناصفة لأن أحد الجنسين أولى من الآخر فالعقد مضاف إليهما على السواء وينقسم بينهما.

رابعاً: إذا بيع بنوع من الثمن وقبل أن يؤدي الثمن إلى البائع رخص الثمن أو غلا فليس البائع أو المشتري مخيراً بل المشتري ملزم بأن يدفع الثمن إلى البائع من ذلك النوع والبائع ملزم بقبوله سواء أكان الثمن من النقد الغالب الغش أم الغالب الفضة أم الذهب مثال ذلك: كما إذا اشترى إنسان من آخر متاعاً بخمسين ريالاً مجيدياً من الرائج بعشرين قرشاً وقبل أن يدفع المشتري الثمن غلا سعر المجيدي فأصبحت رائجة باثنين وعشرين قرشاً أو رخص إلى تسعة عشر قرشاً فالمشتري ملزم بأن يدفع إلى البائع الخمسين ريالاً مجيدياً كما أن البائع ملزم بقبول ذلك ولا يلتفت إلى الغلاء أو الرخص العارض بعد العقد وكذلك الحكم في القرض فإذا اقترض إنسان من آخر عشرين ريالاً مجيدياً حينما كان الريال المجيدي رائجاً بثلاثين قرشاً ثم هبطت قيمة الريال إلى عشرين فإذا دفع المقترض إلى المقرض مثل الريالات التي اقترضها منه فالمقرض ملزم بقبولها وليس له إلزام المقترض بأن يدفع إليه عن كل ريال ثلاثين قرشاً لكن إذا اشترى إنسان من آخر بنقد غالب الغش أو زيف حينما كان ذلك النقد رائجاً وقبل تسليم الثمن كسد ذلك النقد أو انقطع من أيدي الناس فرأي الإمام أبي يوسف أن البيع صحيح وعلى المشتري أن يدفع إلى البائع قيمة ذلك النوع من الثمن حين البيع لأنه مضمون بالبيع فتعتبر قيمته في ذلك الوقت كالمغصوب ورأي الإمام محمد أن المشتري ملزم بأن يؤدي قيمة ذلك النوع من الثمن إذا انقطع لأن التحويل من رد المثلي إلى قيمته إنما صار بالانقطاع فيعتبر يومه «مجمع الأنهر» وقد قال بعض الفقهاء أنه يفتى بقول الإمام محمد رفقا بالناس وبعضهم قال يفتى برأي الإمام أبي يوسف وهذا الاختلاف جار في القرض أيضاً إلّا أن مشايخ الإسلام أفتوا بقول الإمام أبي يوسف «علي أفندي» وهكذا الحكم في بدل الإجارة.

خيار العيب في الثمن: - أما إذا كان ذلك النوع من النقد غير كاسد بل رائجاً في بلاد أخرى وغير رائج في البلد التي وقع فيها العقد فالبائع مخير بعيب الثمن فله أن يأخذ الثمن عيناً وله أن يأخذ قيمة الثمن إذا كسد الثمن أو انقطع من أيدي الناس وبعد تسليم الثمن إلى البائع لا يطرأ خلل على صحة البيع كما أنه لا يترتب ضمان ما على المشتري وعلى هذا إذا باع الدلال مالاً باذن صاحبه من آخر فكسد الثمن بعد أن قبضه وقبل أن يسلمه إلى صاحبه فالبائع ملزم بأخذ الثمن

عيناً وليس له أن يطلب غيره كما أنه ليس له استرداد المبيع «أنظر المادتين ٤٦٤ أو ٢٣٥». «الدر المنتقى. علي أفندي. هندية. تنقيح مجمع الأنهر. المجموعة الجديدة».

﴿المادة ٢٤٣﴾ لا يتعين الثمن بالتعيين في العقد مثلاً لو أرى المشتري البائع ذهباً مجيدياً في يده ثم اشترى بذلك الذهب شيئاً لا يجبر على اداء ذلك الذهب بعينه بل له أن يعطي البائع ذهباً مجيدياً من ذلك النوع غير الذي أراه إياه.

ولا يلتفت إلى قول البائع: لا آخذ مثله بل عينه وإذا تلف لم يطرأ خلل على البيع وكذلك الحكم في الفضة والمقصود من الثمن النقد سواء أكان مضروباً أم غير مضروب أما الذهب والفضة اللذين داخلتهما الصنعة وقارنتهما الصياغة بحيث يكون ما فيهما من الصنعة مقصود كالقلادة والمنطقة من الذهب والفضة فيتعين الثمن منهما بالتعيين كما إذا كان من المثليات ما عدا النقد فانه يتعين أيضاً بالتعيين «حاشية الدر» مثال ذلك: كما إذا أشار المشتري إلى كأس من الفضة تبلغ زنتها خمسين درهما وقال للبائع قد اشتريت منك المال الفلاني بهذه الكأس فليس للمشتري أن يبقى تلك الكأس ويدفع إلى البائع كأساً مثلها أو مساوياً لها وزناً وكذلك لو اشترى إنسان من آخر مالاً بخمسين كيلة حنطة أشار إليها المشتري فعلى المشتري دفع هذه الخمسين كيلة حنطة وليس له أن يدفع إلى البائع خمسين كيلة حنطة أو غيرها والحاصل أن الثمن لا يتعين استحقاقاً إذا كان من النقود الرائجة.

أحكام النقود هي أولاً: في البيع وفي سائر عقود المعاوضة ثانياً: في فسوخ العقود المذكورة لا تتعين بالتعيين استحقاقاً لأن النقد ثمن وقد خلق ليكون وسيلة لعين المقصود فالأصل فيه وجوبه في الذمة فجعله متعيناً بالتعيين مخالفاً لذلك الأصل.

ثالثاً: لا يبطل البيع بهلاك الثمن قبل التسليم

رابعاً: لا يشترط أن يكون الثمن في ملك المشتري حين العقد ولو كان الثمن المذكور غالب الغش. توضيح القيود - «عقد المعاوضة» فإذاً إذا كانت العقود ليست للمعاوضة كالامانة والوكالة والشركة والمضاربة والغصب فالنقود تتعين فيها بالتعيين مثال ذلك:

الامانة - إذا أودع إنسان آخر مائة دينار فإذا كانت تلك الدنانير موجودة عيناً وجب على المودع أن يردها عيناً إلى صاحبها وليس له أن يبقى تلك النقود ويدفع إلى المودع غيرها بغير رضاه.

الوكالة ـ إذا تلف النقد الذي في يد الوكيل بالشراء أو استهلكه الوكيل فالوكيل ينعزل عن الوكالة مثال ذلك: كما إذا قال إنسان لآخر اشتر لي حصاناً ودفع إليه عشرة دنانير لتكون ثمن الحصان فإذا تلف ذلك المال في يد الوكيل او استهلك الوكيل المال وتصرف فيه قبل شراء الحصان ثم اشترى الحصان فالحصان يكون للوكيل وليس للموكل.

الشركة - في الشركة بالمال إذا تلف رأس مال الشريكين أو أحدهما قبل الشراء والخلط فالشركة تصبح باطلة سواء أكان رأس مال الشريكين من جنس واحد أم من جنسين.

الغصب - إذا غصب إنسان آخر ريالاً مجيدياً فإذا كان ذلك الريال ما زال في يد الغاصب وجب على الغاصب رده عيناً وليس له أن يرد مثله بغير رضا المغصوب (أنظر المادة ٨٩٢).

قيل (عقد المعاوضة) ولم يقل (البيع) لأن بدل الإجارة من النقود ولا يتعين أيضاً بالتعيين (أنظر شرح المادة ٤٨٤).

وقيل (النقود الرائجة) لأنه إذا كانت النقود من نوع القالب الغش واشترى بها مالاً بعد أن كسدت فمثل هذا الثمن في حكم المتاع فيتعين بالتعيين في عقد البيع لأن كون النقد الغالب الغش ثمناً كان بالاصطلاح وقد زال (مجمع الأنهر) فلذلك إذا اشترى مال بمثل هذه النقود الكاسدة وجب تعيين ثمنه منها في عقد البيع وإذا لم تعين لم يصح البيع لأن ذلك الثمن من المتاع فيجب تعيينه (أنظر المادة ٢٩٣).

وقد قيد عدم التعيين بجهة (الاستحقاق) لأن الثمن يتعين بالتعيين جنساً وقدراً ووصفاً (أنظر المادة ٢٤٩ و٢٤٢) وقد ذكر أن الثمن أيضاً في فسوخ عقود المعاوضة مثال ذلك كما إذا اشترى شخص من آخر مالاً بعشرة دنانير ثم تقايلا بعد أن دفع المشتري الثمن إلى البائع أو تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم فانفسخ البيع فعلى الرواية الصحيحة للبائع الا يرد العشرة الدنانير التي قبضها عيناً وله أن يرد مثلها إلى المشتري أما إذا كان الفسخ ناشئاً عن فساد عقد البيع فعلى أصح الروايتين أن الثمن يتعين بالتعيين وذلك كما إذا اشترى شخص آخر مالاً ببيع فاسد بخمسين ريالاً مجيدياً معينة مشار إليها ثم فسخ أحد المتبايعين البيع لفساده فإذا كانت الخمسون ريالاً التي قبضها البائع ثمناً للمبيع ما تزال في يده وجب عليه أن يردها بعينها إلى المشتري أما إذا كانت قد تلفت أو تصرف فيها فيرد مثلها ضرورة وكذلك إذا باع إنسان آخر مالاً بدنانير معينة مشاراً إليها ثم ظهر أن المبيع ليس بمال كأن يكون ميتة فإذا كانت تلك الدنانير موجودة بعينها في يد البائع وجب عليه أن يردها لأن القبض هنا في حكم الغصب.

﴿المادة ٢٤٤﴾ النقود التي لها أجزاء إذا جرى العقد على نوع منها كان للمشتري أن يعطي الثمن من أجزاء ذلك النوع لكن يتبع في هذا الأمر عرف البلدة والعادة الجارية مثلاً لو عقد البيع على ريال مجيدي كان للمشتري أن يعطي من أجزائه النصف والربع لكن نظراً للعرف الجاري الآن في دار الخلافة في أسلامبول ليس للمشتري أن يعطي بدل الريال المجيدي من أجزائه الصغيرة العشر ونصفه وفي بيروت بالعكس لأن الأجزاء فيها أغلى.

هذا إذا كانت أجزاء تلك النقود مساوية لها مالية ورواجاً فانه في هذه الحال لا وجه للبائع في التمنع من قبض ذلك كأن يدفع في زماننا مكان الدينار العثماني ذي المائة القرش نصفي الدينار العثماني اللذين أحدهما بخمسين قرشاً أو أربعة أرباعه التي أحدها بخمسة وعشرين قرشاً لأن هذه الأجزاء مساوية لأصلها من النقود وهو الدينار العثماني مالية ورواجاً والحاصل أنه يتبع في ذلك عرف البلد التي وقع فيها العقد وعادتها الجارية والتعامل بين التجار فيها فينظر في ذلك كله فان كان من الجائز عرفاً وعادة وتعاملاً في بلد أن يدفع مكان النقود أجزاءها فللمشتري أن يدفع إلى البائع أجزاء النقود مكان النقود وإلّا فلا (أنظر المواد ٣٦ و٣٧ و٣٤ و٤٤). لما ظهرت المجلة كان العرف في الاستانة ألا يعطى أجزاء العشرين قرشاً لأن كلاً من الريال المجيدي ونصفيه وأربعة أرباعه كان رائجاً بأكثر من عشرين قرشاً ولم تكن أجزاؤه من القطعة ذات القرش والقرشين مثله رواجاً ولا مثل نصفه وربعه فعلى هذا إذا دفع عن الريال المجيدي ذي العشرين قرشاً أجزاؤه من ذوات القرش والقرشين لحق البائع بذلك ضرر بنقصان كل قرش عدة من البارات ولذلك تعد هذه القروش أقل قيمة من الريال الكامل إلّا أن جواز دفع أجزاء النقود مكانها مشروط بمساواة الأجزاء لأصلها رواجاً ومالية والريال الواحد مخالف في ذلك لعشرين قطعة من ذوات القرش الواحد فهي دونه مالية أما في زماننا فقد أصبح الريال رائجاً بعشرين قرشاً بل أصبحت أجزاء المجيدي ذات القرش والقرشين أكثر اعتباراً من الريال المجيدي فالبائع لا يتردد في قبولها فإذا باع البائع مالاً بعشرة مجيديات فكما أنه يجوز للمشتري أن يدفع إليه عشرة مجيديات يجوز له أن يدفع له مائتي قطعة بقرش واحد أو مائة بقرشين مما هو جزء من الريال المجيدي وليس للبائع أن يمتنع من قبض ذلك فإذا امتنع كان امتناعه تعنتاً لا ينبغي أن يلتفت الحاكم إليه وعلى هذا حسب عرف هذا الزمان ليس للبائع أن يمتنع من قبض مائتي قطعة ذات القرش ومائة قطعة ذات القرشين وأربعين قطعة ذات الخمسة القروش وعشرين قطعة من نصف الريال بدلاً من العشرة الريالات المجيدية التي سميت ثمناً للمبيع (أنظر المادة ٣٩).

الفصل الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بالبيع بالنسيئة والتأجيل

البيع بثمن حال هو الأصل والبيع على أن يكون الثمن مؤجلاً خلاف الأصل (رد المحتار) فلذلك يجب على من يدعي تأجيل الثمن اثبات مدعاه فإن عجز فالقول للبائع مع يمينه أنه لم يبع على كون الثمن مؤجلاً.

وجواز البيع على تأجيل الثمن ثابت بالكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى «أحلّ الله البيع» فإن البيع ورد في هذه الآية الكريمة مطلقاً يشمل البيع بثمن حال والبيع بثمن مؤجل فتكون الآية دليلاً على جواز البيع سواء أكان الثمن حالاً أم مؤجلاً وأما السنة فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى مالاً من يهودي بثمن مؤجل ورهن في ذلك درعه (زيلعي).

﴿المادة ٢٤٥﴾ البيع مع تأجيل الثمن وتقسيطه صحيح

يصبح البيع بتأجيل الثمن وتقسيطه بشرط أن يكون أولاً: بخلاف جنسه، وثانياً: أن يكون ديناً لا عيناً وليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل حلول الأجل.

ويفهم من إطلاق هذه المادة أن البيع مع التأجيل صحيح ولو كان الأجل عشرين سنة أو خمسين سنة أو مائة وخمسين أو إلى أمد لا يمكن أن يدركه المتبايعان في قيد الحياة إلّا أن الأجل يبطل بموت المدين ويجب إداء الدين من التركة فوراً.

أما البيع بتأجيل المبيع أو الثمن الذي يكون عيناً ففاسد ولو كان الأجل معلوماً

مثال ذلك: كما لو قال البائع بعت بغلتي هذه بخمس كيلات حنطة على أن تكون مؤجلة شهراً فقبل المشتري فالبيع فاسد (در المختار، رد المحتار، زيلعي) لأن المقصد من التأجيل أن يتصرف المشتري بالمبيع ويكسب فيؤدي الثمن إلى البائع لكن إذا كان الثمن عيناً فالمشتري ملزم بأن يسلمه إلى بائعه فلا يكون فائدة من هذا التأجيل وكذلك لا يجوز البيع بتأجيل الثمن في مبادلة الأموال الربوية بجنسها.

وكما أنه يجوز تأجيل الثمن وتقسيطه حين عقد البيع كذلك يجوز تأجيله وتقسيطه بعد العقد ويصبح الأجل لازماً وعلى هذا إذا باع إنسان من آخر مالاً على أن يدفع الثمن معجلاً ثم أجل البائع الثمن بعد البيع إلى أجل معلوم أصبح التأجيل لازماً (أنظر المادة ٢٤٨).

والمادة الآتية (٢٤٧) مثال لهذه المادة فكان اللازم أن تجعل مثالاً لها لا أن تجعل مادة منفردة.

﴿المادة ٢٤٦﴾ يلزم أن تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والتقسيط

الأجل يتعين بكذا سنة أو شهراً أو يوماً أو إلى الشهر الفلاني وما أشبه ذلك فإذا عقد البيع على أجل مجهول فسد البيع لأنه إذا كان الأجل مجهولاً فالبائع يطلب الثمن بعد مدة وجيزة ويمتنع المشتري فيكون حصول النزاع من المتوقع بسبب جهالة الأجل (مجمع الأنهر) وإذا باع إنسان ماله في شهر رجب وشرط في عقد البيع كون الثمن مؤجلاً إلى شهر رجب انصرف ذلك إلى رجب الآتي (أنظر المادة ٦٠) أما إذا بيع المال في رجب وأجل الثمن فان الأجل ينصرف إلى رجب الذي وقع فيه العقد.

ويجب أن يكون الثمن معلوماً عند العاقدين وإذا كان معلوماً عند أحدهما ومجهولاً عند الآخر فالبيع فاسد أيضاً وإذا باع إنسان مالاً من آخر بثمن مؤجل لمضي ثلاث سنين بثلاثة آلاف قرش على أن يدفع كل سنة ألف قرش فالقسط يحل بدخول السنة لا بخروجها «صرة الفتاوي، رد المحتار».

﴿المادة ٢٤٧﴾ إذا عقد البيع على تأجيل الثمن إلى كذا يوماً أو شهراً أو سنة أو إلى وقت معلوم عند العاقدين كيوم قاسم أو النيروز صح البيع.

يعني أن التأجيل إذا كان بالأيام أو الشهور أو السنين أو بطريق آخر فهو صحيح ما دام الأجل معلوماً (بحر) وعلى هذا إذا باع إنسان من آخر متاعاً وهو صحيح وسلمه إليه ثم توفي فليس لورثته أن يأخذوا الثمن من المشتري قبل حلول الأجل لأن الأجل الذي هو حق المدين لا يبطل بوفاة الدائن (علي أفندي) وهذه المادة فرع للمادة ٢٤٥.

﴿المادة ٢٤٨﴾ تأجيل الثمن إلى مدة غير معينة كإمطار السماء يكون مفسداً للبيع.

وكذلك تأجيل الثمن إلى هبوب الريح أو مقدم الحاج او إلى البيدر أو الحصاد أو القطاف أو جز صوف الغنم وسواء أكان الأجل يجهله العاقدان جهالة يسيرة أم فاحشة فالبيع فاسد والجهالة اليسيرة في الأجل كما إذا كان حلول الأجل محققاً إلاّ أنه يقع أحياناً في وقت أقرب وأحياناً في وقت أبعد كالحصاد والجهالة الفاحشة أن يكون وقوعه مجهولاً كنزول المطر وهبوب الريح وسواء أكانت الجهالة في أجل كل الثمن أم بعضه فالحكم واحد يعني أنه يفسد البيع.

والمسائل المتفرعة على ذلك هي أولاً: إذا أراد إنسان **أن يبيع من آخر مالاً بألف قرش مؤجلاً** فكان البيع على أن يدفع المشتري الثمن أقساطاً أو أن يدفع كل أسبوع شيئاً من الثمن بحيث يكون قد وفى خمسمائة قرش لمضي شهر بدون أن يبين عدد الأقساط واليوم الذي يجب دفع القسط فيه فالبيع فاسد (رد المحتار، تنوير، هندية).

ثانياً: إذا اشترى إنسان مالاً على أن يدفع نصف الثمن نقداً والنصف الآخر حينما يعود من مكان كذا فالبيع فاسد وكذلك إذا باع إنسان من آخر مالاً على أن يدفع إليه ثمنه حينما يوظف في وظيفة فالبيع فاسد. ثالثاً: إذا اشترى إنسان من آخر مالاً في الآستانة على أن يأخذ ثمنه في أزمير فالبيع فاسد أما إذا باع ماله في الآستانة بمائة قرش مؤجلة إلى مضي شهر وشرط دفع الثمن في أزمير فالبيع صحيح والشرط باطل لأن تعيين مكان اداء الثمن الذي لا حمل له ولا مؤونة باطل. رابعاً: إذا اشترى إنسان مالاً من آخر على أن يدفع إليه الثمن عند بيع المشتري ذلك المال فالبيع فاسد (فيضية) لأن البيوع المذكورة وإن كانت مؤجلة إلّا أن الأجل لم يعين.

والمسائل التي تتحد فيها أحكام الجهالة اليسيرة والجهالة الفاحشة أو تختلف إذا أسقط فيها الأجل في مجلس العقد انقلب البيع إلى الصحة سواء أكانت الجهالة يسيرة أم فاحشة أما إذا أسقط الأجل بعد المجلس فلا ينقلب البيع صحيحاً إذا كان الأجل مجهولاً جهالة يسيرة وبعبارة إذا باع إنسان مالاً بثمن مؤجل أجلاً مجهولاً جهالة يسيرة فإذا أسقط المشتري الأجل سواء أكان في مجلس العقد أم غيره قبل حلول الأجل وفسخ البيع ينقلب البيع إلى الصحة (أنظر المادة ٤٢).

وانقلاب البيع إلى الصحة يكون كما ذكر آنفاً باسقاط المشتري الأجل، ويكفي إسقاط المشتري وحده ولا يشترط رضا البائع بذلك لأن الأجل حق المشتري فقط لكن إذا انقضى الأجل قبل الإسقاط تأكد فساد البيع كما إذا أسقط الأجل بعد فسخ البيع لفساد فيه فلا ينقلب البيع المفسوخ إلى الصحة بإسقاط الأجل لأن البيع الفاسد ارتفع بالفسخ «أنظر المادة ٥١» أما إذا اشترى إنسان مالاً إلى أجل مجهول جهالة فاحشة وأسقط المشتري الأجل قبل التفرق من المجلس وحلول الأجل فالبيع ينقلب إلى الصحة سواء أوفى المشتري الثمن في ذلك المجلس أم في مجلس آخر أما إذا أسقط المشتري الأجل بعد التفرق من المجلس فالبيع لا ينقلب إلى الصحة لتأكد فساد البيع «رد المحتار. شرنبلالي». (أنظر المادة ٢٤). مثال ذلك كما إذا باع إنسان ماله من آخر على أن يوفيه المشتري الثمن عند هبوب الريح فإذا أسقط المشتري الأجل بعد التفرق من المجلس فالبيع لا ينقلب إلى الصحة.

والأجل الذي ذكرته المجلة هو الأجل الذي يذكر أثناء العقد أما الأجل ومدة تنجيم الثمن اللذان يذكران بعد البيع سواء أكانا مجهولين جهالة فاحشة أم يسيرة فلا.

ولكن في اعتبار الأجل وعدم اعتباره التفصيل الآتي مثال ذلك كما إذا باع إنسان ماله بثمن معجل ثم أجله إلى الحصاد أو مقدم الحاج أو إلى مجهول جهالة يسيرة وقبل المشتري ذلك فالبيع والتأجيل صحيحان ولازمان وليس للبائع مطالبة المشتري بالثمن قبل حلول الأجل لأن التأجيل بعد البيع عبارة عن تبرع فجوزت الجهالة اليسيرة هنا «أنظر المادة ٥٦» وإن لم يقبل المشتري بطل التأجيل وكان الثمن حالاً-وصحة التأجيل على هذا الوجه ليست قاصرة على ثمن المبيع بل أن الديون التي تترتب على إتلاف المال وبدل الإجارة يصح تأجيلها وتصبح لازمة إلا الأموال الستة الآتية فلا يصح تأجيلها وهي:

(١) القرض
(٢) الثمن بعد الإقالة.
(٣) بدل الصرف.
(٤) رأس مال السلم
(٥) دين الميت.

(٦) ثمن المشفوع الذي يستحقه المشتري بعد أن يأخذ الشفيع المشفوع بحق الشفعة أما إذا أجل الثمن إلى أجل مجهول جهالة فاحشة كأن يؤجل إلى هبوب الريح بعد عقد البيع على كون الثمن معجلاً فالبيع صحيح والتأجيل باطل «هندية».

وكذلك الديون الأخرى كبدل الإجارة إذا أجل إلى أجل مجهول جهالة فاحشة فالتأجيل فاسد لأن الشرط الفاسد الذي يشترط بعد العقد لا يفسد البيع كما بيناه في شرح المادة «١٨٩»

تفصيلات في تأجيل الديون:

إن التأجيل يكون تارة مطلقاً كقول الدائن لمدينه قد أجلت ما لي في ذمتك من الدين إلى سنة فهذا التأجيل صحيح في غير القرض والأجل لازم في حق الدائن «أنظر المادة ٥١» وتارة يكون مقيداً بشرط كأن يقول الدائن للمدين الذي له في ذمته ألف قرش معجلة إذا اديتني غداً خمسمائة قرش فقد أجلت الباقي إلى سنة فإذا دفع المدين الخمس مائة قرش في الغد صار الباقي مؤجلاً إلى سنة «أنظر المادة ٨٢».

كما أنه إذا كان لإنسان على آخر ألف ثمن جعله اقساطاً أن اخل بقسط حل الباقي فالأمر كما اشترط وعلى هذا إذا لم يف المدين بالشرط تحول باقي الدين معجلاً «أنظر المادة ٨٣» أما إذا كان له ألف من ثمن المبيع فقال للمدين أدفع إليّ كل شهر أو سنة مائة فليس بتأجيل لأن مجرد الأمر بذلك لا يستلزم التأجيل.

سقوط الأجل وعودته:- إذا قال المدين ابطلت الأجل أو تركته اصبح الأجل معجلاً «أنظر المادة ١٢٦٢» أما إذا قال المدين لا أريد الأجل فلا يكون بذلك قد اسقط الأجل وإذا ادى المدين الدين قبل حلول الأجل أو ظهر أن النقود التي قبضها الدائن من المدين مزيفة فردها إلى المدين أو أن ما تسلمه معيب فرده إلى المدين بحكم الحاكم فالأجل يعود «أنظر المادة ٥٢» وإذا شرى الدائن من مدينه مالاً بالدين الذي عليه ثم تقايلا البيع بعد ذلك فلا يعود الأجل «أنظر المادة ٥١» لأنه كما فصل في المادة «١٩٦» إن الإقالة إذا لم تكن من موجبات العقد بل تثبت بشرط زائد فهي في حق العاقدين شرط جديد كما أنه بوفاة المدين كالمشتري مثلاً يبطل الأجل والثمن يستوفي حالاً من تركة المشتري أما بوفاة الدائن فلا يبطل الأجل وعلى هذا ليس لورثة البائع أو لأمين بيت المال إذا لم يكن له وارث أن يطلب الثمن من المشتري أو من المدين قبل حلول الأجل.

التأجيل غير الصحيح:- إن التأجيل بعد وفاة المدين غير صحيح أي لا حكم لذلك التأجيل

فالدائن بعد هذا التأجيل وقبل حلول الأجل له أن يأخذ مطلوبه من تركة المدين لأن فائدة التأجيل أن يشتغل المدين ويتجر ويوفي الدين من نماء ماله فإذا مات لم تبق للتأجيل فائدة ويكون المال المتروك متعيناً لقضاء الدين «رد المحتار. بزازية. علي افندي».

﴿المادة ٢٤٩﴾ إذا باع نسيئة بدون مدة تنصرف إلى شهر واحد فقط.

هذا هو القول المفتى به وذلك كما إذا قال البائع للمشتري بعتك مالي هذا بكذا قرشاً واجلت الثمن فقال البائع اشتريت فليس للبائع أن يطلب الثمن من المشتري قبل تمام شهر لأن الأجل المعهود في السلم واليمين على دفع الدين آجلاً شهراً واحد فإذاً ينصرف التأجيل إلى شهر واحد وههنا اعتراض وارد على هذه المادة وذلك أن يشترط في صحة أن يكون الأجل معلوماً حسب المادتين «٢٤٦و ٢٤٨» والبيع ههنا مؤجل من غير بيان للأجل فينبغي أن يكون فاسداً «رد المحتار» والجواب على ذلك أن البيع بالتأجيل معهود انصراف التأجيل فيه إلى شهر واحد فكأنما صرح بذلك فليس في التأجيل جهالة.

﴿المادة ٢٥٠﴾ تعتبر ابتداء مدة الأجل والقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع مثلاً لو بيع متاع على أن ثمنه مؤجل إلى سنة فحبسه البائع عنده سنة ثم سلمه للمشتري اعتبر أول السنة التي هي الأجل من يوم التسليم فليس للبائع حينئذ أن يطالبه بالثمن إلى مضي سنة من وقت التسليم وسنتين من حين العقد.

هذا يكون أولاً: إذا لم يخصص الأجل بوقت مخصوص ثانياً: إذا كان عدم تسليم المبيع ناشئاً عن حبس البائع للمبيع ومنعه. ثالثاً: إذا كان البيع لازماً أي ليس فيه خيار الشرط فإذا وجدت هذه الشروط الثلاثة ابتداء مدة الأجل منذ تسليم المبيع لأن فائدة التأجيل تسهيل التصرف في المبيع للمشتري ليؤدي الثمن من ربحه فللحصول على هذه الفائدة يجب اعتبار مدة الأجل منذ تسليم المبيع.

ايضاح القيولة: ـ وإنما قيل: إذا كان الأجل غير مخصص بوقت. لأن مدة التأجيل إذا خصصت بوقت مخصوص كأن يقال: إن الأجل هو سنة ١٣٣١ إلى شهر رجب وكان الأجل مخصصاً على هذا الوجه وحبس البائع المبيع في يده سنة ثم سلمه إلى المشتري بعدئذ فليس للمشتري أن يؤخر دفع الثمن سنة أخرى اعتباراً من تاريخ التسليم بل عليه اداء الثمن إلى البائع فوراً «طحطاوي».

وعلى هذا إذا باع إنسان مالاً على أن يكون الثمن مؤجلاً إلى شهر رجب أو شهر شعبان أو إلى عيد الأضحى فحبس البائع المبيع في يده إلى شهر رجب أو شهر شعبان أو عيد الأضحى فليس

للمشتري أجل خلافه لأن تعيين الأجل بمدة مخصوصة تعيين لحق المشتري في ذلك الأجل ولا يثبت هذا الحق في مدة أخرى.

وإنما قيل: إذا كان عدم التسليم ناشئاً عن منع البائع. لأنه إذا بقي المبيع في يد البائع بغير سبب امتناع البائع عن التسليم بل كان ناشئاً عن عدم طلب المشتري تسلمه فالأجل على كل حال يعتبر منذ وقت البيع لا التسليم «رد المحتار» لأن القصور على هذا الوجه من المشتري لا البائع وإلى هذا واشارت المجلة في مثاله بلفظة «حبس».

وإنما اشترط أن يكون البيع لازماً لأنه إذا كان أحد الطرفين مخيراً بخيار الشرط أو كان الاثنان مخيرين فإن كان الأجل مطلقاً ابتداء الأجل المتفق عليه من سقوط الخيار ولزوم البيع أما في خيار الرؤية فالأجل يعتبر من تاريخ العقد.

﴿المادة ٢٥١﴾ المبيع المطلق ينعقد معجلاً أما إذا جرى العرف في محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق إلى ذلك الأجل. مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليه اداء الثمن في الحال أما إذا كان جرى العرف والعادة في ذلك المحل باعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه بعد اسبوع أو شهر لزم اتباع العادة والعرف في ذلك.

إذا كان البيع مطلقاً أي لم يذكر فيه تأجيل الثمن أو تعجيله فالبيع ينعقد على أن الثمن معجل لأن مقتضى البيع أن يكون الثمن معجلاً وإنما يثبت الأجل بالشرط أمّا إذا كان العرف في بلد تأجيل الثمن إلى وقت معلوم فالبيع ينصرف إلى ذلك لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً «أنظر المواد ٤٦ و٤٤ و٤٥».

الاختلاف في التأجيل والأجل: - وإذا اختلف المتعاقدان في تأجيل الثمن فقال البائع انه معجل وقال المشتري أنه مؤجل فالقول للبائع لأن الأصل عدم الأجل «أنظر المادة ـ ٩» والبينة على المشتري لأن دعواه خلاف الظاهر والبينة شرعت لإثبات خلاف الظاهر «أنظر المادة ـ ٧٧» أما في بيع السلم فالقول لمدعي الأجل لأن نافي الأجل مدع لفساد بيع السلم ومدعي الأجل مدع لصحة السلم فكان القول لمدعي الصحة وإذا كان الخلاف في مقدار الأجل فالقول لمدعي الأقل لأنه يكون منكر للزيادة «أنظر المادة ٧٦» مثال ذلك: إذا قال البائع بعت مؤجلاً إلى شهر فقال المشتري بل إلى شهرين فالقول للبائع وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة المشتري لأن بينة البائع اثبتت الظاهر مع البينة قد شرعت للإثبات.

وإذا اتفق الطرفان على مقدار الأجل لكن اختلفا في مرور الأجل فالقول للمشتري لأن المشتري منكر لمرور الأجل «أنظر المادة ـ ٧٦» فإذا ادعى البائع قائلاً: بعت هذا المال قبل شهرين على

أن يكون الثمن مؤجلاً إلى انقضاء شهرين وقد مر الأجل فاطلب أن يدفع لي المشتري الثمن فقال المشتري نعم قد اشتريت المال على أن يكون ثمنه مؤجلاً إلى شهرين لكن لم يمض على ذلك إلاّ شهر واحد فالقول هنا للمشتري وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة المدعي لأن بقاء الأجل أصل لاتفاق الطرفين على وجود الأجل وعلى هذا يجب أن يكون القول للمشتري في مرور الأجل كما يكون القول له من وجه آخر لأن هنا ينكر توجه الثمن عليه في الحال فلهذين السببين كان القول في ذلك للمشتري «رد المحتار».



الباب الرابع

في بيان المسائل المتعلقة بالتصرف في الثمن والمثمن بعد العقد ويشتمل على فصلين

الفصل الأول

في بيان حق تصرف البائع بالثمن والمشتري بالمبيع بعد العقد وقبل القبض. المقصود من التصرف ما كان كالبيع والهبة والإجارة والحوالة كما يفهم مما يأتي:

﴿المادة ٢٥٢﴾ البائع له أن يتصرف بثمن المبيع قبل القبض مثلاً لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحيل بثمنه دائنه.

يعني يحق للبائع قبل أن يقبض ثمن المبيع من المشتري أن يتصرف بهذا الثمن بيعاً وهبة ووصية وحوالة وما أشبه ذلك سواء أكان الثمن المذكور من النقود التي لا تتعين بالتعيين أم كان مما يتعين بالتعيين كالمكيلات وغيرها من المثليات فإذا كان ثمن المبيع عيناً كالمكيلات والنقود المعينة فللبائع أن يبيعها أو يهبها أو يوصي بها للمشتري وغيره كما أن له إذا كان الثمن ديناً كنقود غير معينة أو مكيلات أو موزونات أن يملكه المشتري بعوض أو بغير عوض وبشرط ألا يكون افتراقاً عن دين أي ألا يكون ذلك بيع الدين بالدين لأن الملك المجيز للتصرف ثابت وبهلاكه ينتفي غرر الانفساخ لأن الثمن ليس أصلاً في البيع فبهلاكه لا ينفسخ إذا كان الثمن نقداً فإن عدم غرر الإنفساخ ظاهر لأنه لا يتعين بالتعيين بحسب المادة «٢٤٣» أما إذا كان الثمن من الأموال التي تتعين بالتعيين كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فلان هذه مبيع من وجه وثمن من وجه آخر رجحت جهة الثمن في التصرف تيسيراً وتسهيلاً «فتح القدير» وقد مر نظير ذلك في المادة (١٩٥).

إيضاح البيع: - باع مالاً بخمسين كيلة حنطة معلومة مشاراً إليها فله أن يقبض الخمسين كيلة أن يبيعها من المشتري وغيره وأن يشتري بها من المشتري مالاً معلوماً وإذا كان ثمن المبيع أربعة وخمسين ريالاً مجيدياً فللبائع أن يقبض من المشتري مقابل هذا الثمن عشر ليرات.

إيضاح الهبة والوصية: - للدائن أن يهب أو يتصدق أو يوصي للمشتري بثمن المبيع الثابت

له في ذمة المشتري «أنظر المادة – ٨٤٧» فيملك المشتري الثمن بمجرد الهبة أو التصدق ولا يحتاج ذلك إلى القبض كما يجوز للبائع أن يهب الثمن الذي له في ذمة المشتري لغير المشتري وأن يوكله بقبضه «أنظر المادة – ٨٤٨» ولا يجوز تمليك الدين لغير المدين وكذلك بدل المغصوب والقرض والأجرة من الديون السائرة يجوز تمليكه للمدين بعوض وبغير عوض.

﴿المادة ٢٥٣﴾ للمشتري أن يبيع المبيع لآخر قبل قبضه إن كان عقاراً وإلا فلا

وكذلك يجوز له أن يهبه «أنظر المادة ـ ٨٤٥» وقد جوزه الشيخان استحساناً لأن ركن البيع أن يصدر من أهله أن يكون البائع والمشتري مميزين عاقلين وأن يقع في محله أي في مال متقوم وبما أن الهلاك نادر في العقار ولا اعتبار للنادر فليس في بيع العقار قبل القبض غرر الإنفساخ كما في بيع المنقول «أنظر المادة ـ ٤٢». «بدائع» أما إذا كان العقار على شاطىء البحر بحيث لا يأمن أن تهدمه الأمواج أو كان من العلو بحيث لا يؤمن من سقوطه فلا يجوز بيعه قبل القبض «در المختار» وقول المجلة (لآخر) معناه لغير البائع لأنه لا يجوز للمشتري أن يبيع العقار من بائعه قبل القبض وإذا فعل فالبيع فاسد كما في بيع المنقول كما لا يجوز له أن يهبه أو يرهنه بائعه فإذا وهبه منه وقبل البائع كان إقالة «أنظر المادة ١٩١» وكذلك ليس للمشتري أن يؤجر المبيع من بائعه قبل القبض فان أجره لم تلزمه الأجرة «أنظر شرح المادة ٨٥ والمادة ٢٧٥» وقول المجلة «للمشتري أن يبيع يعني أن البيع صحيح وفيه إشارة إلى المسألة الآتية وهي أن البيع المذكور لا يكون لازماً ولا نافذاً لأنه موقوف على أداء المشتري الأول وهو البائع الثاني ـ ثمن المبيع للبائع الأول أو على رضاه «أنظر المادة ـ ٢٧٨» يعني إذا كان البيع الأول على أن الثمن معجل فلم يدفع المشتري الثمن إلى البائع حتى ذلك الحين فإذا رضي البائع ببيع المشتري للعقار فالبيع الثاني نافذ وإن لم يرضَ فباطل وله حبس المبيع في يده والإمتناع من تسليمه للمشتري الثاني كبيع المرهون «أنظر المادة ـ ٧٤٧».

وإذا تصرف المشتري بالمبيع قبل أداء ثمنه للبائع تصرفاً قابلا للنقض فالحكم فيه على النحو المشروع سواء أكان ذلك قبل قبض المبيع أم بعد قبضه له وتصرفه به بدون إذن البائع. وقول المجلة «له أن يبيع» يقصد به الإحتراز من الإيجار فإنه إذا كان المبيع عقاراً فقد اختلف في إيجاره قبل القبض فقال بعض الفقهاء بعدم الجواز بالإتفاق وهذا هو الصحيح المفتى به وحكى بعضهم الإختلاف السابق في ذلك فعلى هذا إذا كان الإختلاف موجوداً فقد اختير قول الشيخين ووجب قبول هذا القول في الإجارة أيضاً وهذا القبول يكون موافقاً لحكم المادة (٥٨٦) من أحكام المجلة وإذا قبل القول الأول وجب أن يظهر الفرق بين هذه المسألة والمادة (٥٨٦) وقد عبرت المجلة بالمشتري في هذه المادة لأن البائع إذا رهن أو آجر أو أودع المبيع شخصاً آخر بغير أمر المشتري وتلف المبيع في يد ذلك الشخص فالبيع يصبح منفسخاً ولا يحق للمشتري أن يضمنه المبيع لأنه لو حق له ذلك لحق له الرجوع لكن ذلك غير جائز بعد أن كانت الخسارة من تلف المبيع عائدة على

البائع حسب لمادة (٢٩٣) أما إذا أعار البائع أو وهب المبيع لشخص بأمر المشتري قبل التسليم وتلف ذلك المال في يد المودع أو المعار أو في يد شخص آخر أودعه ذلك الشخص المبيع فالمشتري مخير بين أن يمضي البيع ويضمن المال الشخص الآخر وأن يفسخ البيع ويسترد ثمن المبيع من البائع إذا كان قد دفعه إليه لأن المستعير والموهوب له والمستودع الذي استعمل ذلك المال إذا ضمنوا ليس لهم الرجوع على البائع «أنظر شرح المادة ٦٥٨» وكذلك البائع إذا باع المبيع بيعاً ثانياً إلى آخر قبل أن يسلمه إلى المشتري وسلم المبيع إلى المشتري الثاني فتلف في يده فالمشتري الأول مخير بين أن يفسخ البيع وأن يضمن المشتري الثاني المبيع، إذا دفع المشتري الثاني الثمن رجع على البائع «رد المحتار» وكذلك لا يجوز للمشتري أن يؤجر المبيع المنقول قبل القبض لبائعه فإذا أجره واستعمل المستأجر المبيع بمقتضى الإجارة فلا تتوجه الأجرة على البائع «أنظر المادة ـ ٥٨»

اختلاف الأئمة ـ قد اختلف الأئمة في جواز بيع المبيع قبل القبض فقال الشافعي بعدم الجواز سواء أكان المبيع عقاراً أم منقولاً وقال أبو حنيفة بجوازه في العقار وعدمه في المنقول وذهب عثمان التيمي إلى جواز بيع المبيع قبل القبض سواء أكان عقاراً أم منقولاً «عيني. شرح البخاري».

وقد جرى التجار في زماننا على بيع المنقول قبل القبض مع أن ذلك غير جائز على رأي المجتهدين وقد قالت المجلة أيضاً بفساده ولا يصح البيع في ذلك إلا على رأي عثمان التيمي والفقهاء لا يأخذون برأيه لأنه ليس صاحب مذهب ويفهم من هذا الإيضاح أن مذهب الحنفية أكثر تسامحاً في بيع المنقول قبل القبض من المذاهب الأخرى «شارح» أما إذا كان العقار منقولاً فليس للمشترى أن يبيعه قبل القبض لأنه يلزم في البيع أن يكون الملك مستقراً والمبيع إذا كان منقولاً فهلك في يد البائع كان فيه غرر انفساخ البيع الأول حسب المادة (٢٩٣) فإذا انفسخ البيع الأول أصبح البيع الثاني لغواً ولا يجوز للعقلاء أن يفعلوا ما هو لغو «شارح» وعلاوة على ذلك إذا هلك المبيع المنقول في يد البائع الأول فقد هلك من ماله وعلى هذا يكون البائع الثاني قد باع مال غيره «أنظر شرح المادتين ٢٦٧ و٢٦٨» ويرد على هذا السؤال وهو: إذا كان غرر الإنفساخ مانعاً لجواز البيع لزم أيضاً عدم جواز بيع المشتري المبيع من آخر بعد القبض لأنه من المحتمل أن يضبط المبيع المقبوض من يد المشتري بالإستحقاق فينفسخ البيع الأول والجواب على هذا السؤال أن الغرر في هذه الصورة غرر ضعيف لأن هذا الغرر موجود قبل القبض أيضاً وقد انضم اليه غرر انفساخ البيع بهلاك المبيع قبل القبض فأصبح غرر الإنفساخ مثل القبض أكثر على أنه إذا اعتبر غرر الإستحقاق وجب سد باب البيع «فتح القدير» فلذلك لا يلتفت إلى هذا الضرر. وقد ذكر أنه لا يجوز للمشتري أن يبيع المنقول قبل القبض فحينئذٍ إذا باع فالبيع فاسد والمسائل المتفرعة على ذلك هي: أولاً: إذا اشترى المشتري حصانين وقبض أحدهما فباع كلا منهما بألف قرش فالبيع في الحصان المقبوض جائز وفي غير المقبوض غير جائز.

ثانياً: إذا باع شخص ماله مع مال منقول اشتراه فلم يقبضه فالحكم كما في المثال الأول.

ثالثاً: إذا باع شخص ماله المنقول من آخر وقبل أن يسلمه باعه ثانية من شخص آخر فإذا أجاز المشتري الأول هذا البيع فلا يصح لأن هذه الإجازة عبارة عن إجازة بيع المشتري لمبيع غير

مقبوض «أنظر المادة ١٤٥٣». «هندية. بزازية. طحطاوي» وكذلك لا يجوز للمشتري أن يبيعه من البائع حتى لو أن المشتري باع المبيع المنقول من بائعه قبل قبضه فالبيع الثاني يكون فاسداً أو يبقى البيع الأول على حاله لأن البيع ضد الإقالة ولا يكون البيع الثاني مجازاً عن الإقالة أما إذا وهب المشتري المبيع غير المقبوض لبائعه فهذه الهبة في معنى الإقالة فإذا قبلها البائع انتقض البيع وإذا لم يقبلها بقي البيع على حاله وعبارة البيع في هذه المادة للاحتراز باعتبار لأن محمداً يرى أن للمشتري أن يهب المبيع عقاراً أو منقولاً أو يعيره أو يتصدق به أو يقرضه أو يرهنه أي له أن يتصرف به جميع التصرفات التي تتم بالقبض فيتصرف فيه ذلك التصرف ويأمر ذلك الشخص الموهوب له مثلاً بقبض المبيع فإذا قبضه كان ذلك صحيحاً. وكان أولاً نائباً عن المشتري وآخراً قابضاً لنفسه «أنظر المادة ٨٤٥» وباعتبار آخر ليست عبارة البيع للاحتراز لأن للمشتري قبل قبض المبيع المنقول أن يفي به دينه أو يؤجره من الآخر.

مستثنى: إذا سلم المبيع بعد البيع للمشتري وأقيل البيع بعد ذلك فللبائع أن يبيع المبيع من المشتري قبل القبض لأن الإقالة في حق المتعاقدين فسخ لكن لا يجوز له أن يبيعه من آخر لأن الإقالة في حق الشخص الثالث بيع جديد «رد المحتار» والقاعدة في ذلك أن البيع إذا انفسخ بسبب كان فسخاً في حق كافة الناس فيجوز بيع المبيع قبل القبض من كل أحد أي من المشتري وغيره أما إذا انفسخ البيع بسبب هو في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير بيع فإن البيع قبل القبض من المشتري جائز ومن غيره لا.

وعدم جواز التصرف قبل القبض ليس مخصوصاً بالمبيع المنقول فكل عقد ينفسخ بسبب هلاك العوض فيه قبل القبض لا يجوز فيه التصرف بالعوض المذكور قبل القبض كبدل الإجارة العين وبدل الصلح العين في الصلح عن الدين.

أما في العقود التي لا تنفسخ بهلاك العوض فيها قبل القبض فيجوز التصرف في هذا العوض قبل القبض كالصداق العين وكالصلح عن الدم لأنهما لا يحتملان الفسخ وعلى ذلك يجوز التصرف في بدل المهر وبدل الصلح المذكور قبل القبض بالبيع والإيجار وسائر التصرفات كما أنَّه يجوز للوارث أو للموصى له أن يبيع قبل القبض ماله الموروث أو الموصى به «فتح القدير. هندية» أما بيع المقسوم قبل القبض ففي الأموال التي تجري فيها قسمة القضاء حسب المواد «١١٣٢ و١١٣٣ و١١٣٤» فجائز كسائر التصرفات بعد القسمة وقبل القبض سواء أكان المقسوم عقاراً أم منقولاً لأنه وإن كان في قسمة تلك الأموال معنى المبادلة فإن فيها جهة الإفراز أيضاً ففي هذه المسألة ترجح جهة الإفراز تسهيلاً للتعامل أما في الأموال التي لا تجري فيها قسمة القضاء المنصوص عليها في المادة (١١٣٥) فإن كان المقسوم عقاراً فلا يجوز التصرف بالمقسوم بعد القسمة وقبل القبض لأن جهة المبادلة راجحة في تلك الأموال «بدائع»

الفصل الثاني

في بيان التزييد والتنزيل في الثمن والمبيع بعد العقد

﴿المادة ٢٥٤﴾ للبائع أن يزيد مقدار المبيع بعد العقد فالمشتري اذا قبل في مجلس الزيادة كان له حق المطالبة بتلك الزيادة ولا تفيد ندامة البائع وأما إذا لم يقبل في مجلس الزيادة وقبل بعده فلا عبرة بقبوله مثلاً لو اشترى عشرين بطيخة بعشرين قرشاً ثم بعد العقد قال البائع أعطيتك خمساً أخرى أيضاً فإن قبل المشتري هذه الزيادة في المجلس أخذ خمساً وعشرين بطيخة بعشرين قرشاً وأما لو لم يقبل في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يجبر البائع على إعطاء تلك الزيادة.

وكذلك اذا بيع عشرون بطيخة بعشرين قرشاً ثم قال البائع قد ضممت هذه الكأس أيضاً إلى المبيع وقبل المشتري في المجلس المذكور فالمشتري يأخذ العشرين بطيخة والكأس بالعشرين قرشاً ويجوز للبائع أن يزيد هذه الزيادة في مجلس العقد أو في مجلس آخر قبل قبض أصل المبيع أو بعده كما أنه يجوز للمشتري في بعض الأحيان أن يطرح من المبيع سواء أكانت زيادة البائع من جنس المال أم لا لأن للبائع حق التصرف في نفسه وملكه (مجمع الأنهر) وتلتحق هذه الزيادة بأصل العقد كما سيذكر في المادة ٢٥٧ إلا أنه يشترط في صحة الزيادة أن يكون المزيد معلوماً (أنظر مادتي ٢٠٠ و٢١٣) ولا يشترط في صحة الزيادة أن يكون المبيع المزيد عليه موجوداً وقائماً في وقت الزيادة فعلى هذا تجوز الزيادة على المبيع بعد هلاكه لأن زيادة المبيع تثبت في مقابلة الثمن والثمن قائم في الذمة (طحطاوي) وإلا فهو ليس ثابتاً في مقابلة المزيد عليه إلا أنه لا تجوز الزيادة في المسلم فيه لأنه معدوم حقيقة وقد جعل موجوداً في الذمة لحاجة المسلم إليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجة المسلم إليه بل تزيد تلك الحاجة. فلذلك لا تجوز تلك الزيادة. وإذا لم يقبل المشتري تلك الزيادة في مجلس الزيادة وقبلها في مجلس آخر فلا يجبر البائع على تسليم تلك الزيادة للمشتري «أنظر المادة ٩٧» ما لم يكرر البائع الإيجاب في الزيادة.

إيضاح الحط من المبيع: إذا حط المشتري بعد البيع من المبيع ينظر فإن كان المبيع مسلماً فيه وكان ديناً كأن يكون عشر كيلات من صبرة الحنطة هذه فالحط صحيح (أنظر المادة ١٥٢٦).

مثال ذلك: إذا اشترى شخص من صبرة حنطة موجودة في مجلس العقد خمسين كيلة قبل أن تفرز من الصبرة بخمسمائة قرش ثم حط المشتري عشر كيلات قبل الإفراز والقبض فالحط صحيح

ويكون المشتري مجبراً على أخذ الاربعين كيلة بخمسمائة قرش أما إذا كان المبيع عيناً فلا يكون الحط صحيحاً لأن الحط ليس إلا ابراء واسقاطاً وذلك لا يجري إلا في الدين. أما اسقاط العين فغير صحيح لأن نقل ملكية العين من شخص إلى آخر لا يكون إلا بوجه كالبيع والهبة ولا تكون بالإسقاط(بحر). مثال ذلك: إذا اشترى شخص من آخر خمسين كيلة حنطة معينة بألف قرش فإذا حط المشتري من ذلك عشر كيلات قبل قبض المبيع فلا يصح ذلك. والخلاصة ان حط الثمن وزيادته متقابلان كما في المادتين ٢٥٥و ٢٥٦ كما أن زيادة المبيع والحط منه متقابلان قسماً.

﴿المادة ٢٥٥﴾ للمشتري أن يزيد في الثمن بعد العقد فإذا قبل البائع تلك الزيادة في ذلك المجلس كان له حق المطالبة بها ولا تفيد ندامة المشتري وأما لو قبل بعد ذلك المجلس فلا يعتبر قبوله حينئذ مثلاً لو بيع حيوان بألف قرش ثم بعد العقد قال المشتري للبائع زدتك مائتي قرش وقبل البائع في ذلك المجلس أخذ المشتري الحيوان المبتاع بألف ومائتي قرش وأما لو لم يقبل البائع في ذلك المجلس بل قبل بعده فلا يجبر المشتري على دفع المائتي قرش التي زادها.

يجوز أولاً للمشتري، ثانياً لوارثه بعد وفاته، ثالثاً للأجنبي أن يزيد الثمن المسمى بعد العقد في مجلس العقد أو بعدذلك بشرط أن يكون المبيع موجوداً وأن يكون محلاً للمقابلة والمعاوضة في حق المشتري يعني إذا زيد على الثمن المسمى من جنسه أو من جنس آخر قيمياً أو مثلياً فالزيادة صحيحة وبقبول البائع تكون لازمة لأنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه رابحاً أو خاسراً أو عدلاً ولهما ولاية الرفع فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير كما إذا اسقط الخيار أو شرط بعد العدو تلتحق الزيادة بأصل العقد لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه. أما إذا قبل البائع تلك الزيادة بعد التفرق من مجلس الزيادة فلا يكون معتبراً قبول البائع لتلك الزيادة (أنظر المادة ١٨٣) ما لم يُعد الإيجاب ويكرر ولا يشترط أن يكون الثمن المزيد من جنس الثمن المسمى فيجوز أن تكون الزيادة من جنس آخر أو أن تكون تلك الزيادة مالاً قيمياً.

مثال ذلك: إذا اشترى شخص مالاً بألف قرش فله بعد الشراء أن يزيد على الثمن مائة قرش أو أكثر وكذلك يجوز له أن يزيد شاة غنم وعلى هذا الوجه أي إذا زاد المشتري عل الثمن المسمى عيناً فتلفت تلك الزيادة قبل تسليمها للبائع فسخ البيع في مقدار ذلك من المبيع. مثال ذلك إذا اشترى إنسان من آخر شاة بمائة قرش وبعد أن قبض المبيع زاد على ثمنه ثوباً يساوي خمسين قرشاً فتلف الثوب قبل تسليمه إلى البائع فإن كانت قيمة الشاة مع الثوب مائة وخمسين قرشاً وكانت قيمة الثوب وحده خمسين قرشاً فلما كانت قيمة الثوب وهي الخمسون قرشاً ثلث المائة والخمسين فالبيع ينفسخ في ثلث الشاة إلا أنه يشترط حين زيادة الثمن وجود المبيع لأن المبيع ان لم يكن قائماً وموجوداً فلا يكون محلاً للمعاوضة(أنظر المادة ١٩٧) وان كانت زيادة الثمن تلتحق بأصل العقد حسب المادة ٢٥٧ وكان المبيع موجوداً حين حدوث أصل العقد إلا أنه يجب ثبوت المستند في الحال ثم يلزم استناده وبانتفاءالمحل اصبح غير ممكن ثبوته في الحال فيكون استناده متعذراً فإذا

تلف المبيع حقيقة أو حكماً فلا تصح الزيادة في الثمن بعد ذلك والتلف الحقيقي ظاهر وأما التلف الحكمي فكأن يكون المبيع شاة فيباع من آخر أو حنطة فيطحن أو دقيقاً فيخبز أو قطناً فيصنع خيوطاً أو خيوطاً فينسج ثوباً أو لحماً فيطبخ طعاماً أو ما اشبه ذلك فالمبيع في كل ذلك قد تلف حكماً.

وكذلك إذا أخرج المشتري المبيع من ملكه بأن باعه من آخر أو وهبه أو سلمه ثم دخل المبيع ثانية في ملك المشتري بطريق الاشتراء أو الهبة أو بسبب آخر من أسباب الملك فزاد في ثمن المبيع فلا يصح ذلك (در المختار. رد المحتار) وإذا آجر المبيع من آخر أو رهنه أو كان المبيع شاة غنم فذبح دون أن يقطع أو قطناً بجلحاً فإذا زاد المشتري على الثمن شيئاً فالزيادة صحيحة (خلاصة) لأن المبيع في هذه الأحوال موجود حقيقة ولم يتلف حكماً.

إيضاح زيادة الأجنبي في الثمن. كما أنه يجوز زيادة المشتري في الثمن المسمى تجوز الزيادة من الأجنبي فكل موضع جاز أن يزاد في الثمن المسمى من المشتري يجوز أن يزاد من الأجنبي بعد العقد. إلا أن لزيادة الأجنبي في الثمن خمس صور:

أولاً- أن يزيد الأجنبي الثمن بأمر من المشتري.

ثانياً- أن يزيد بغير أمر منه إلا أنه يجيزها بعد وقوعها

ثالثاً- أن يزيد بلا أمر منه ولا اجازة.

رابعاً- أن يضمن المشتري الزيادة التي حصلت من الأجنبي.

خامساً- أن يضيف المشتري الزيادة إلى ماله.

ففي الأولى والثانية والرابعة والخامسة تكون الزيادة صحيحة وفي الأولى والثانية يجب على المشتري أن يؤدي تلك الزيادة وفي الثالثة تكون الزيادة باطلة وفي الرابعة والخامسة يجب على الأجنبي أن يؤدي الزيادة من ماله إلا أنه إذا كان الأجنبي ضمن ذلك بأمر المشتري أو اضافها إلى ماله بأمر المشتري فله أن يرجع بذلك على المشتري وإلا كان متبرعاً ليس له الرجوع (هندية) (أنظر المادة ٦٥٧)

﴿المادة ٢٥٦﴾ حط البائع مقداراً من الثمن المسمى بعد العقد صحيح ومعتبر مثلاً لو بيع مال بمائة قرش ثم قال البائع بعد العقد حططت من الثمن عشرين قرشاً كان للبائع أن يأخذ مقابل ذلك ثمانين قرشاً فقط.

إن هبة البائع مقداراً من الثمن المسمى للمشتري أو حطه مقداراً منه عنه أو إبراءه من بعضه بعد العقد صحيح ومعتبر سواء أكان المبيع قائماً أم هالكاً حقيقة أم حكماً وسواء أكان البائع قد قبض الثمن أم لم يقبضه ولا يشترط في هذا الحط قبول المشتري لأن الحط إبراء والإبراء لا يتوقف على القبول حسب المادة (١٥٦٨) إلا أنه يصبح مردوداً بالرد (ابن عابدين على البحر) فذلك إذا ابرأ البائع المشتري من بعض الثمن قبل قبض الثمن فهو صحيح وبعده لايصح لكن يجوز حط

بعض الثمن بعد القبض وهبة البائع للمشتري أو حطه عنه بعض الثمن بعد إيفاء الثمن يجب ألا يكون صحيحاً لا الهبة والحط بعد الإيفاء لا يضافان إلى دين قائم في ذمة المشتري إلا أنه كما ذكر في شرح المادة ١٥٨ لما كان المشتري لم يؤد بالإيفاء عين الواجب بل مثله فالدين باق في ذمته على حاله حتى بعد الاداء وإنما يسقط حق مطالبة المشتري لأنه لا فائدة من المطالبات المتكررة. وكذلك يجوز الحط من رأس مال السلم ومن المسلم فيه (بحر. رد المحتار. در المختار) فإذا كان البائع قبض ثمن المبيع تماماً قبل الحط منه أو الإبراء إبراء اسقاط أو الهبة فعليه أن يعيد المقدار الذي حطه أو وهبه أو اسقطه ويثبت ذلك ديناً في ذمته وقد قيد الإبراء في الشرح بالإسقاط لأن الإبراء قسمان أحدهما إبراء اسقاط والثاني إبراء استيفاء فإذا ابرأ البائع المشتري إبراء اسقاط وكان المشتري قد أدى الثمن قبل ذلك فله أن يرجع على البائع أما إذا ابرأه إبراء استيفاء فله أن يسترد من البائع ما قبضه وبراءة الإسقاط تكون بعبارة (ابرأت ببراءة الإسقاط) أو (حططت ببراءة الإسقاط) وبراءة الإستيفاء تكون بعبارة (ابرأت ببراءة الاستيفاء) أو (ابرأت ببراءة القبض). أما إذا اطلق البائع الإبراء فيحمل عل براءة القبض والاستيفاء لأن هذه البراءة أقل من الأخرى (بحر) أما الهبة والحط فلأنهما لم يكونا على قسمين كالسابق فإذا وهب البائع مقداراً من الثمن. أو حط مقداراً منه عن المشتري بعد استيفائه منه فللمشتري حق الرجوع على البائع بالمقدار الذي حطه عنه أو وهبه له (در المختار. طحطاوي. بحر). (أنظر المادة ٢٦١) والحاصل أن الحط من الثمن المسمى كما يجوز في المواضع التي يجوز فيها الزيادة فيه يجوز في المواضع التي لا تجوز فيها الزيادة فيه. (الخلاصة).

﴿المادة ٢٥٧﴾ زيادة البائع في المبيع والمشتري في الثمن وتنزيل البائع من الثمن بعد العقد تلحق بأصل العقد يعني يصير كأن العقد وقع على ما حصل بعد الزيادة والحط.

«زيادة البائع في المبيع» كما جاء في المادة ٢٥٤(والمشتري في الثمن) كما جاء في المادة ٢٥٥(وتنزيل البائع من الثمن بعد العقد) كما جاء في المادة ٢٥٦ أي أنه كما جاء في المواد الثلاث السابقة يلحق بأصل العقد الزيادة في المبيع والزيادة في الثمن والحط من الثمن بطريق الإستناد.

إن طريق ثبوت الأحكام أربعة: ـ الاستناد والانقلاب والاقتصار والتبيين.

الاستناد- ثبوت الحكم في الحال باستناده على ما قبله والإستناد دائر بين التبيين والإقتصار اللذين سيأتي بيانهما مثال ذلك الغاصب الذي غصب مالاً قبل شهر فاستهلكه فإذا ضمن قيمة ذلك المال في يوم كان مالكاً للمال ذلك اليوم ولكن حكم هذه الملكية يرجع إلى الوراء أي إلى يوم الغصب واستهلاك المال فيكون الغاصب بمنزلة مستهلك مال نفسه فثبوت الحكم في هذه المادة من هذا القبيل.

الانقلاب- صيرورة الشيء الذي لم يكن عليه لثبوت الحكم علة كالتعليق مثال ذلك كما إذا قال إنسان لذي دين إذا حضر مدينك فأنا كفيل بمالك عليه فهذا اللفظ ليس في الحال علة وسبباً

لثبوت الحكم الذي هو الكفالة ولا يطالب الكفيل بما كفل به إلا أنه إذا حضر المدين من السفر ثبتت الكفالة فهذا اللفظ الذي لم يكن سبباً وعلة لثبوت الحكم قد انتقل فيها بعد فصار سبباً وعلة واصبح الكفيل مطالباً بالمكفول به.

الاقتصار- ثبوت الحكم في الحال كأنشاء البيع.

التبيين- ظهور تقدم الحكم في الحال كما إذا قال إنسان لامرأته إذا كان زيد في داره فأنت طالقة فإذا تبين في الغد أن زيداً كان في دارة حينما صدر منه الطلاق فالمرأة تكون طالقة منذ ذلك الحين الذي صدر فيه الطلاق ويكون بدء عدتها ذلك الحين(رد المحتار).

يعني كأن الزيادة في المبيع والثمن والحط من الثمن واقعتان في أصل العقد مثال ذلك كما إذا باع إنسان ثماني بطيخات بعشرة قروش ثم زاد بطيختين على المبيع فيكون ذلك في حكم أن البيع وقع ابتداء على عشر بطيخات بثمان عشرة قروش وكذلك إذا بيعت دابة بألف قرش ثم زاد المشتري مائتي قرش على الثمن وقبل المشتري هذه الزيادة يعتبر أن تلك الدابة بيعت ابتداء بألف قرش ومائتين وكذلك إذا بيع مال بمائة قرش فحط البائع من الثمن عشرين يعتبر أن هذا المال بيع ابتداء بثمانين قرشاً.

والتحاق زيادة المبيع بأصل العقد يظهر أثرها في اربعة أمور:

أحدها فيما إذا تلفت الزيادة قبل القبض فإنها تسقط حصتها من الثمن والثاني فيما إذا ظهر عيب في الزيادة فإنها يجري فيها حكم المادة(٣٥١) الثالث الشفعة الرابع فساد البيع فيما إذا كانت الزيادة مما لا يجوز بيعه وسيأتي تفصيل ذلك في شرح المادة(٢٥٨).

والتحاق زيادة الثمن والحط منه بأصل العقد يظهر أثرهما في سبعة أمور: ـ التولية والمرابحة والشفعة والإستحقاق وهلاك المبيع وحبسه وفساد العقد.

التولية والمرابحة- المشتري يتولى ويرابح في زيادة الثمن في مجموع الأصل والزيادة وفي المحطوط من الثمن وباقيه.

الشفعة- إذا حط من الثمن أخذ الشفيع العقار بباقي الثمن كما اتضح ذلك «في المادة ٢٦٠».

الاستحقاق- سيجيء بيان هذه المسألة في المادة «٢٥٩»

هلاك المبيع- سيأتي البحث في ذلك في المادة «٢٥٨».

حبس المبيع- إذا زاد المشتري بعد العقد في ثمن المبيع فللبائع حبس المبيع في يده حتى يقبض أصل الثمن والزيادة(أنظر المادة ٢٧٨).

فساد العقد- إذا زاد المشتري على الثمن شيئاً غير صالح أن يكون ثمناً فقبل البائع ذلك

فالبيع فاسد ويفهم من التفصيلات التي جاءت آنفاً أن أحكام المواد(٢٥٨و ٢٥٩و ٢٦٠) متفرعة عن هذه المادة.

والتحاق الحط من الثمن بأصل العقد مقيد بقيدين أحدهما الا يكون الحط من الوكيل فإذا باع الوكيل عقاراً بألف قرش ثم حط بعد العقد مائة من الثمن فهو صحيح إلا أن الوكيل يضمن ما حطه لموكله وإذا ظهر لهذا العقار شفيع أخذه بجميع الثمن أي بألف قرش والثاني الا يكون المحطوط من الثمن تابعاً ولا وصفاً كما في المثال المذكور في المادة «٢٦٠» فإن كان المحطوط من الثمن تابعاً ووصفاً لا يلتحق الحط بأصل العقد وذلك كما لو اشتري عقار بعشرة آلاف من نقد قرش من العملة الخالصة ثم قبل البائع بعد العقد أن يأخذ من المشتري عشرة آلاف قرش من العملة المغشوشة فالبيع باق على أن الثمن فيه عشرة آلاف قرش من العملة الخالصة فإذا ظهر شفيع في المبيع أخذه بالثمن من العملة الخالصة وليس له أخذه من العملة المغشوشة وكذلك إذا بيع عقار بحصان أصيل صحيح يساوي عشرة آلاف قرش ثم اصاب الحصان عيب قبل القبض فنزلت قيمته إلى ثمانية آلاف قرش ثم أن البائع قبض الحصان من المشتري وقبله على عيبه فإن ذلك العقار يعتبر مقابلاً للحصان وهو خال من العيب فإذا ظهر شفيع لذلك العقار فله أخذ العقار بقيمة ذلك الحصان وهو خال من العيب وليس له أخذه بقيمته وهو معيب (بزازية).

﴿المادة ٢٥٨﴾ ما زاده البائع في المبيع بعد العقد يكون له حصة من الثمن المسمى مثلاً لو باع ثماني بطيخات بعشرة قروش ثم بعد العقد زاد البائع في المبيع بطيختين فصارت عشرة وقبل المشتري في المجلس يصير كأنه باع عشر بطيخات بعشرة قروش حتى أنه لو تلفت البطيختان المزيدتان قبل القبض لزم تنزيل ثمنها قرشين من أصل ثمن البطيخ فليس للبائع أن يطلب حينئذ من المشتري سوى ثمن ثماني بطيخات كذلك لو باع من أرضه ألف ذراع بعشرة الآف قرش ثم بعد العقد زاد البائع مائة ذراع وقبل المشتري في المجلس فتملك رجل الأرض المبيعة بالشفعة كان لهذا الشفيع أخذ جميع الألف وماية الذراع المبيعة والمزيدة بعشرة الاف قرش.

إن هذه الزيادة حسب حكم المادة المارة آنفاً يلتحق بأصل العقد ويتفرع على ذلك أربع مسائل: الأولى تلف المبيع يعني إذا تلف ما زيد على المبيع كان له حصته من الثمن المسمى والمثال الأول في هذه المادة هو لهذه المسئلة (أنظر المادة ٢٩٣) أما إذا تلفت الزيادة المتولدة من المبيع قبل القبض فلا يسقط شيء من الثمن المسمى ويكون بين هذين النوعين من الزيادة فرق من حيث أن الزيادة في المبيع تلتحق بأصل العقد والزيادة المتولدة لا تلتحق (زيلعي، رد المحتار) فأما حط قرشين في مقابلة البطيختين المذكورتين في مثال المجلة فذلك فيما إذا كانت عشر البطيخات مساوياً

بعضها لبعض في القيمة بأن يكون كل بطيخة منها بقرش أما إذا كانت متفاوتة القيمة فما يجب تنزيله من الثمن في مقابلة البطيختين يتوصل إلى معرفته حسب الأصول المبينة في المادة ١٧٧.

المسئلة الثانية: الشفعة وقد جاء مثالها في متن هذه المادة.

المسئلة الثالثة: الرد بالعيب كأن يشتري إنسان ثماني بطيخات بعشرة قروش فيزيد البائع عليها بطيختين ثم يجد المشتري في بعض البطيخات عيبا قديماً فيجري في هذه المسألة حكم المادة (٣٥١) وهو تخيير المشتري بين أن يرد البطيخات جميعها وأن يقبلها جميعها بالثمن المسمى وذلك إذا كان ظهور العيب قبل القبض وأما بعد القبض فله أن يرد المعيب من البطيخ بحصته من الثمن المسمى ولو كان المعيب ما زيد على أصل المعيب.

المسئلة الرابعة: فساد العقد وذلك إذا زاد البائع بعد العقد على المبيع ما لا يجوز بيعه وقبل المشتري فالبيع فاسد.

﴿المادة ٢٥٩﴾ إذا زاد المشتري في ثمن شيئاً كان مجموع الثمن مع الزيادة مقابلاً لجميع المبيع في حق العاقدين مثلاً لو اشترى عقاراً بعشرة الاف قرش فزاد المشتري قبل القبض في الثمن خمسمائة قرش وقبل البائع تلك الزيادة كان ثمن ذلك العقار عشرة الاف وخمسمائة قرش حتى لو ظهر مستحق للعقار فأثبته وحكم له به وتسلمه كان للمشتري أن يأخذ من البائع عشرة الاف وخمسمائة قرش أما لو ظهر شفيع لذلك العقار فمن حيث أن حق الشفيع يتعلق بأصل الثمن المسمى وكون تلك الزيادة التي صدرت بعد العقد تلحق بأصل العقد في حق العاقدين لا يسقط حق ذلك الشفيع فلذا لا تلزمه تلك الزيادة بل يأخذ العقار بعشرة الاف القرش التي هي أصل الثمن فقط وليس للبائع أن يطالبه بخمسمائة القرش التي زادها المشتري بعد العقد.

هذا وينطبق على ما ورد في المادة ٢٥٥ والمادة ٢٥٧ وأثر هذا الالتحاق يظهر في خمسة مواضع في الاستحقاق وحبس المبيع والتولية والمرابحة وهلاك المبيع إلا أنه كما ذكر في المادة ٢٥٥ لا يشترط في زيادة الثمن وجود المبيع.

والمثال الأول في هذه المادة للإستحقاق فإذا أجاز المستحق البيع المبين في هذه المادة مع توفر شروط الإجازة المنصوص عليها في المادة ٣٧٨ أخذ عشرة الآلاف وخمسمائة القرش كاملة ثمن المبيع ولا تعد زيادة خمسمائة القرش في المبيع تبرعاً للبائع يجب بقاؤها بيده.

وكذلك إذا رد المشتري المبيع بسبب مشروع كما إذا رده بخيار الشرط أو العيب أو الرؤية يرجع على البائع بعشرة الآلاف وخمسمائة القرش تمام الثمن.

وكذلك إذا باع مشتر ذلك العقار بعشرة آلاف وخمسمائة قرش بطريق المرابحة والتولية يحق للبائع أن يحبس المبيع بحكم المادة ٢٧٨ حتى يقبض الزيادة التي زيدت على الثمن.

وكذلك إذا زاد المشتري بعد العقد في الثمن المسمى ثم تلف المبيع في يد البائع قبل تسليمه إليه يسقط عنه أصل الثمن والزيادة أما إذا زاد المشتري بعد العقد في الثمن المسمى فلا تلتحق في حق الشفيع بأصل العقد وإن كانت القاعدة أن تلتحق الزيادة بأصل العقد ويجب حسب ذلك أن يأخذ الشفيع المشفوع بكل الثمن أي بأصل الثمن والزيادة إلا أن المجلة للسبب الذي يأتي بيانه جعلت للشفيع أخذ المشفوع بأصل الثمن فقط دون الزيادة وعلى ذلك إذا ظهرلذلك العقار شفيع فبما أن حق الشفيع يتعلق بالثمن الذي سمي في أصل العقد أي بعشرة الآلاف قرش وخمس المائة التي زيدت وإن لم تكن تلتحق بأصل العقد بالنسبة إلى العاقدين إلا أن ذلك لا يسقط الشفيع الذي هو غير العاقدين من أخذ المشفوع بعشرة الآلاف قرش التي هي الثمن المسمى في أصل العقد وبعبارة أخرى لا يحق للعاقدين أن يبطلا حق الشفيع في أخذ المشفوع بالثمن الأصلي بأن يزيدا في الثمن وعلى ذلك فللشفيع أن يأخذ المشفوع بالعشرة الآلاف القرش وليس للبائع أن يطالب الشفيع بخمسمائة القرش التي زيدت على الثمن المسمى (بحر، در المختار، رد المحتار).

توضيح القيود - قد ذكر أنه لا يحق للبائع أن يطلب الزيادة من الشفيع. يعني إذا كان البائع قبل أن يسلم المبيع إلى المشتري فادعى الشفيع على البائع بحضور المشتري وحكم الحاكم للشفيع بالمشفوع وحكم على البائع بتسليم المشفوع له ينبه على الشفيع أن يدفع إلى البائع عشرة الاف قرش وليس للبائع مطالبته بخمس المائة التي زيدت ولكن هل للبائع أن يطلب من المشتري هذه الزيادة؟

والجواب أن الظاهر أنه لا يجوز للبائع أن يطلب من المشتري أداء ذلك لأن المبيع قد نزع من يد البائع ولم يبق في امكانه أن يسلمه إلى المشتري فلذلك لا يجوز له طلب زيادة الثمن من المشتري (شارح).

ولا يجوز للمشتري طلب ثمن المبيع فيما إذا ضبط المبيع بالإستحقاق من البائع.

وإذا تسلم المشتري العقار من البائع وقبضه فخصم الشفيع هو المشتري ولا يشترط في ذلك حضور البائع فإذا حكم على المشتري بتسليم المشفوع إلى الشفيع ينبه على الشفيع أن يسلم إلى المشتري عشرة الاف قرش فعلى هذا التقدير أرى أنه يجب على المشتري أن يعطي البائع خمس المائة القرش الزائدة وإذا كان قد أدى ذلك إلى البائع فليس له أن يسترده لأن الموجب لأداء تلك الزيادة هو عقد البيع وعقد البيع الذي بين البائع والمشتري باق كالأول وغير منفسخ وعبارة (فإذا ظهر لذلك العقار شفيع) جاءت لبيان قيد العاقدين ولتوضيح المحترز عنه بذلك القيد.

﴿المادة ٢٦٠﴾ إذا حط البائع من ثمن المبيع مقداراً كان جميع المبيع مقابلاً للباقي من الثمن بعد التنزيل والحط مثلاً لو بيع عقار بعشرة الآف قرش ثم حط

البائع من الثمن ألف قرش كان ذلك العقار مقابلاً لتسعة الاف القرش الباقية وبناء عليه لو ظهر شفيع للعقار المذكور أخذه بتسعة الاف قرش فقط.

كما تبين في شرح المادة (٢٥٦) إذا حط البائع من ثمن المبيع أو وهب منه للمشتري قبل القبض أو أبرأه من بعضه إبراء إسقاط فإن الحط والهبة والإبراء بمقتضى المادة (٢٥٧) تلتحق بأصل العقد فيصبح تمام المبيع مقابلاً لباقي الثمن المسمى ويظهر ذلك في الشفعة والاستحقاق (هندية) ويفهم من هذه المادة ومن المادة التي ذكرت آنفاً أن الشفيع يأخذ المشفوع بالأقل في الزيادة في الثمن والحط منه فلو بيع عقار بألف قرش وظهر له شفيع وأخذه من المشتري بالشفعة ثم أعطى المشتري ألف القرش ثم حط البائع عن المشتري مائة من الثمن فللشفيع أيضاً أن يسترد مائة قرش من المبلغ الذي دفعه إلى المشتري (أنظر المادة ٩٧) أما إذا وهب البائع بعض الثمن للمشتري بعد قبض الثمن وسلمه فالهبة صحيحة إلا أن الهبة على هذا الوجه تكون عقداً جديداً لا تعلق لها بعقد البيع ومثل هذه الهبة لا تلتحق بأصل العقد ولا يستفيد الشفيع من هذه الهبة (طحطاوي) وكذلك إذا حط الوكيل بالبيع مقداراً من الثمن المسمى لا يلتحق بأصل العقد كما ذكر في المادة (٢٥٦) ولا يستفيد الشفيع من ذلك وكذلك إذا ضبط المبيع بالاستحقاق من المشتري فإن كان المشتري قد أدى الثمن إلى البائع يرجع على البائع بالثمن الباقي بعد الحط.

﴿المادة ٢٦١﴾ للبائع أن يحط جميع الثمن قبل القبض لكن لا يلحق هذا الحط أصل العقد مثلاً لو باع عقاراً بعشرة الاف قرش ثم قبل القبض أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن كان للشفيع أن يأخذ ذلك العقار بعشرة الاف قرش وليس له أن يأخذه بدون ثمن أصلاً.

البائع بعد تمام العقد وقبل قبض ثمن المبيع وبعد قبضه جميعه أو بعضه يجوز له أن يحط ثمن المبيع دفعة واحدة وأن يهبه للمشتري أو أن يبرئ المشتري منه ويسقط الثمن بذلك ولا يطرأ خلل على عقد البيع (أنظر المادة ١٥٦٢) أما الحط الذي يقع قبل تمام عقد البيع فغير صحيح مثال ذلك أن يقول البائع للمشتري قد بعتك هذا المال بمائة قرش وقد وهبتك هذه المائة أو أبرأتك منها فيجيبه المشتري بالقبول فيصح البيع ولكن لا يكون المشتري بريئاً من الثمن لأن الثمن لا يثبت للبائع بمجرد إيجابه فالإبراء من الثمن قبل القبول إبراء قبل السبب فلا يكون صحيحاً (مشتمل الأحكام).

وحط جميع الثمن لا يلتحق بأصل العقد لأن مقصد الطرفين التجارة والمعاوضة فلو التحق حط الكل بأصل العقد لانقلب عقد المعاوضة عقد هبة وتبرع أو بيعاً بلا ثمن فيكون عقداً فاسداً لكن ليس في البيع الفاسد شفعة (در المختار. رد المحتار) ولعله يقصد من لفظ فاسد باطل (أنظر شرح المادة ١٠٩) (شارح) والمثال الوارد في المجلة مثال للحط قبل القبض.

الحط والإبراء بعد القبض: إذا حط البائع بعد قبضه المبيع جميع الثمن أو وهبه فصحيح ويسترد المشتري الثمن الذي دفعه من البائع مثال ذلك كما إذا بيع مال بمائة قرش واستوفى البائع الثمن كاملاً من المشتري ثم قال للمشتري قد حططت عنك مائة القرش ثمن المبيع أو وهبت لك ذلك فعلى البائع أن يدفع الثمن الذي أخذه من المشتري إليه. إذا قبض البائع جميع ثمن المبيع ثم أبرأ المشتري من مجموع الثمن فلذلك ثلاث صور:-

الأولى: أن يبرئه إبراء إسقاط ففي هذه الصورة يسترد المشتري الثمن الذي أداه إلى البائع كما إذا باع إنسان من آخر سلعة بمائة قرش وبعد أن استوفى البائع من المشتري الثمن كاملاً قال له قد أبرأتك من مائة القرش إبراء إسقاط فابراءوه صحيح ويجب على البائع أن يرد الثمن المائة القرش إلى المشتري (أنظر المادتين ١٥٨ و٢٥٦) الثانية: إذا أبرأ البائع المشتري إبراء قبض واستيفاء فليس للمشتري استرداد الثمن لأن معنى هذا الإبراء أنه لم يبق للبائع حق في أخذ الثمن من المشتري فلذلك إذا أبرأ البائع المشتري على هذا الوجه فليس له الرجوع على البائع.

الثالثة: إذا أطلق الابراء ولم يبين أي إبراء هو كما إذا قيل أبرأتك من ثمن المبيع حمل هذا الإبراء المطلق على أنه إبراء قبض واستيفاء فليس للمشتري أن يسترد من البائع ثمن المبيع. لأن براءة القبض والاستيفاء أقل من براءة الإسقاط فالإطلاق في حكم النص على تلك البراءة.

قد ذكر في الشرح لفظ (واحدة) قيداً (لحط ثمن المبيع دفعة) لأن عدم التحاق الحط بأصل العقد إنما يكون إذا حط جميع الثمن بكلمة واحدة أما إذا حط البائع الثمن بكلمات متعددة فالحط الأخير لا يلتحق بأصل العقد ولكن ما قبله يلتحق بأصل العقد بناء عليه إذا كان ثمن المبيع ألف قرش ثم حط البائع مائتين من الألف بالكلمة الأولى وحط ثلثمائة بالثانية ثم مائة وخمسين بالثالثة ثم ثلثمائة وخمسين بالرابعة فالحط الأول والثاني والثالث يلتحق بأصل العقد ويكون من قبيل الحط المنصوص عليه بالمادة (٢٦٠) أما الحط الرابع فلا يلتحق بأصل العقد لأن هذا الحط الأخير حط لجميع الثمن فالحط الأول والثاني والرابع صحيح في حق الشفيع والرابع غير صحيح في حقه ولا يستفيد منه فلذلك يأخذ العقار بثلثمائة وخمسين قرشاً (در المختار. رد المحتار).

الباب الخامس

في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم وفيه ستة فصول

الفصل الأول

في بيان حقيقة التسليم والتسلم وكيفيتهما

﴿المادة ٢٦٢﴾ القبض ليس بشرط في البيع إلّا أن العقد متى تم كان على المشتري أن يسلم الثمن أولاً ثم يسلم البائع المبيع إليه.

يعني لا يشترط لتمام البيع الصحيح والمطلق قبض المشتري للمبيع والبائع للثمن بل أن البيع يفيد ملك المشتري للمبيع والبائع للثمن فلذلك إذا ندم البائع على بيعه فلا يحق له فسخ البيع بعلة أن المبيع لم يقبض وأن مجلس البيع لم ينقض «علي أفندي» إلّا أن لزوم الضمان للمشتري يتوقف على القبض «أنظر المادتين ٢٩٣ و٢٩٤» أما في البيع الفاسد فيشترط قبض المبيع لإفادة الملك وكذلك يشترط في بيع الصرف قبض البدلين وفي السلم قبض الثمن في مجلس العقد «أنظر المادة ٣٧٨» إلّا أنه إذا حصل نزاع في التسليم والتسلم بين البائع والمشتري بعد العقد فإذا كان البيع قابلاً للنقض وكان المبيع حاضراً والثمن معجلاً ولا خيار في البيع كان المشتري مجبراً على أداء الثمن أولاً للبائع أو لمن يأمر البائع بالاداء إليه وكان البائع مجبراً على تسليم المبيع إلى المشتري أو لمن يأمر المشتري بالتسليم إليه وبعبارة أخرى يكون المشتري أولاً مجبراً بالتسليم لأنه حسب المادة ٢٠٤ يتعين المبيع بالتعيين ويدخل المبيع في ملك المشتري بعد البيع فبمجرد عقد البيع يتعين حق المشتري في المبيع إلّا أنه حسب المادة (٢٤٣) لا يتعين الثمن بالتعيين ويتوقف على قبضه فلذلك وتحقيقاً للمساواة يجب تسليم الثمن أولاً ويفهم من عبارة «يسلم البائع المبيع إلى المشتري» أن البائع إذا سلم المبيع إلى زوج المشتري بغير أمره أو إلى شخص آخر بمرأى من المشتري لا يكون المشتري قد قبض المبيع وكذلك إذا اشترى أبو الصغير مالاً لولده من آخر ثم بلغ الصغير فحق القبض للأب «أنظر المادة ١٤٦١» أما إذا سلم البائع المبيع إلى شخص أمر المشتري بتسليمه إليه فقد حصل القبض كما لو سلم البائع المبيع إلى المشتري نفسه فإذا أمر المشتري البائع قبل القبض بتسليم المبيع إلى شخص معين وسلم البائع المبيع إلى ذلك الشخص يكون المشتري قد قبض المبيع «أنظر المادة ٢٥٣».

بما أنه يجب أولاً إعطاء الثمن فإذا اشترى المشتري مالاً على شرط على تسليم المبيع إليه وكان ذلك قبل تسليم الثمن كان البيع فاسداً «أنظر المادة ١٨٩».

المسائل التي لا يلزم فيها تسليم الثمن قبل هي:

أولاً - بيع المقايضة كما جاء في الفقرة الثانية من المادة ٣٧٩

ثانياً - بيع الصرف يجب فيه إداء البدلين معاً لأن بين البدلين فيه تساوياً فلا يجب تقديم تسليم أحد البدلين.

ثالثاً - بيع المنقول إذا لم يكن المبيع حاضراً في مجلس العقد فللمشتري الامتناع من تسليم ثمن المبيع حتى يحضر البائع المبيع.

رابعاً - إذا كان البيع بثمن مؤجل يجب تسليم المبيع مقدماً حسب المادة ٢٨٣ «هندية. أبو السعود. مجمع الأنهر. طحطاوي».

خامساً - إذا كان المشتري مخيراً بخيار الشرط فليس للبائع ما دام الخيار باقياً أن يطلب ثمن المبيع وكذلك إذا كان له خيار رؤية. فليس للبائع طلب الثمن قبل سقوط خيار المشتري «هندية».

سادساً - إذا ادعى المشتري بعد قبض المبيع أن في المبيع عيباً يوجب فسخ البيع أو حط الثمن فلا يجبر المشتري على أداء ثمن المبيع بل يجب كما في شرح المادة ٣٣٧ أن يتقاضيا فإذا ظهر موجب لرد المبيع إلى البائع وجب رده وإذا ظهر ما يوجب بقاءه في يد المشتري يؤمر المشتري حينئذ بإداء الثمن.

سابعاً - إذا باع شخص داره المأجورة ووافق المشتري على عدم فسخ البيع حتى تنقضي مدة الإجارة فليس للمشتري أن يجبر البائع على تسليم الدار إليه كما أنه ليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن قبل أن يجعل الدار بحيث يمكن تسليمها إلى المشتري «رد المحتار».

«أنواع القبض وقيام أحدهما مقام الآخر».

القبض على نوعين أحدهما قبض مضمون الثاني قبض أمانة، إذا كان القبضان متجانسين بأن يكون كلاهما قبض مضمون أو قبض أمانة فان أحدهما يقوم مقام الآخر أما إذا كانا مختلفين فلا يقوم أحدهما مقام الآخر فلذلك لا يقوم قبض الأمانة مقام قبض المضمون لأن في الأعلى مثل الأدنى وزيادة بخلاف الأدنى مثال ذلك إذا قبض شخص مالاً بطريق الغصب أو بطريق البيع الفاسد ثم اشترى ذلك المال من صاحبه فالقبض الذي ضمن الغصب أو البيع الفاسد يقوم مقام الذي يكون بالبيع الصحيح ولا يحتاج بعد البيع الصحيح إلى قبض جديد أما إذا أودع شخص آخر مالاً أو أعاره أو رهنه ثم ابتاعه منه احتاج ذلك إلى قبض جديد ولا يقوم قبضه بطريق من هذه الطرق القبض الذي يلزم بالبيع حتى إذا اشترى شخص الوديعة التي في بيته من مودعها ثم عاد إلى بيته فوجدها قد هلكت كان الهلاك على المودع «أنظر المادة ٢٩٣» أما إذا اشترى شخص الوديعة التي في

يده وكانت الوديعة حاضرة في مجلس العقد أو ليست حاضرة غير أن المشتري قادر على قبضها وتسلمها بعد الشراء عد المشتري والحالة هذه قابضاً ولا يعد كذلك بمجرد عقد البيع حتى أنه يجوز للبائع قبل أن تصل يد المشتري إلى المبيع أن يأخذ ذلك المال الذي في يد المشتري بطريق الاستيداع ثم يحبسه حتى يقبض الثمن «أنظر المادة ٢٧٨». «هندية. زيلعي».

﴿المادة ٢٦٣﴾ تسليم المبيع يحصل بالتخلية وهو أن يأذن البائع للمشتري بقبض المبيع مع عدم وجود مانع من تسليم المشتري إياه

إذا أذن البائع للمشتري بتسلم المبيع الذي يكون بحضرة المشتري أولاً ومفرزاً ثانياً وغير مشغول بحق الغير ثالثاً أي بحيث لا يكون مانع ولا حائل بين المشتري وقبض المبيع وأذن له بالتسلم والحالة هذه يحصل التسليم لأن ذلك غاية جهد البائع في تسليم المبيع والقبض بالفعل عائد إلى المشتري وليس في طاقة البائع فعلى هذا إذا باع شخص بغلته التي في داره من آخر وكانت البغلة حاضرة في مجلس البيع وكان المشتري بحيث يمكنه قبض البغلة وتسلمها بلا مانع وقال البائع للمشتري قد خليت بينك وبين البغلة فتسلمها فبذلك يتم التسليم حتى إذا لم يتسلمها المشتري حين ذاك وتركها للغير أو امتنع من تسلمها فهلكت في دار البائع بلا تعد منه ولا تقصير فعلى قول الإمام محمد يتحقق التسليم ويكون هلاكها على المشتري «أنظر المادة ٢٩٥» أما عند أبي يوسف فالتخلية في دار البائع ليست بقبض «واقعات».

وكذلك إذا اشترى شخص من آخر ثوباً وأمره بقبض المبيع فلم يقبضه ثم سرقه بعد ذلك ينظر فإن كان الثوب قريباً من المشتري بحيث يستطيع قبضه بدون أن يقوم من مجلسه حينها أمر بقبضه تحقق التسليم وإذا كان المشتري بحيث لا يستطيع قبض المبيع بلا قيام فلا يتحقق (خلاصة) أن القبض يحصل بقبض المبيع كله وإلاّ فتسليم أحد مصراعي الباب أو أحد زوجي النعل مما يكون في حكم الشيء الواحد فلا يعد تسليماً للآخر.

مثال ذلك: إذا اشترى شخص من آخر باباً ذا شطرين أو حذاء فتسلم المشتري أحد شطري الباب أو أحد زوجي الحذاء وتلف الشطر الآخر من الباب أو الزوج الآخر من الحذاء في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فتلفه على البائع حسب المادة (٢٩٣) فلم يكن قبض أحدهما قبضاً للآخر ويخير المشتري بين أن يرد المقبوض أو يأخذه بحصته من الثمن فيرى في الخيار أنهما جعلا كالشيء الواحد أما إذا قبض المشتري واحداً من الشيئين اللذين هما في حكم الشيء فاستهلكه أو أحدث فيه عيباً فان ذلك يكون قبضاً للآخر حكماً فإذا تلف الآخر في يد البائع ولم يحبسه أو يمنعه تلف من مال المشتري «هندية» وسيجيء تفصيل ذلك في شرح المادة ٢٧٦. «أنظر المادة ٥٤» قد قيل (بعد البيع) لأن البائع إذا قال بعت هذا المتاع بمائة قرش وسلمته وقبل البائع فلا يتحقق التسليم والتسلم بذلك اللفظ الوارد في الإيجاب بل يجب أن يحصل التسليم بعد انعقاد البيع وعبارة «المبيع» في المادة تفيد هذا القيد أي قيد (بعد البيع) لأن صيرورة الشيء مبيعاً حقيقة بعد تعلق عقد البيع به ويفهم

من عبارة «بلا مانع» أن المبيع إذا كان مشغولاً بحق الغير يكون ذلك مانعاً من تسليمه كما سيتضح ذلك في المادتين (٢٦٧ و٢٦٨).

مثال ذلك: إذا كان المبيع داراً وكان فيها من امتعة البائع قليل أو كثير أو مزرعة وكان فيها زرع البائع فاشتغال المبيع بذلك مانع للتسليم فلذلك صدر اذن البائع بالتسلم وقبضه والمبيع مشغول فلا يتحقق بذلك تسليم لكن إذا أودع البائع ما في داره من الأمتعة المشتراة ثم سلم الدار فالتسليم صحيح «رد المحتار. مشتمل الأحكام».

وكذلك إذا باع شخص داره ممن يساكنه فيها فإذا لم يخل الدار ويخرج منها فلا يعد المشتري قابضاً وإذا باع الأب من ابنه الصغير داره التي يسكنها أو التي فيها عياله وأمتعته أو ثيابه التي يلبسها أو دابته التي يركبها أو التي تحمل أمتعته فلا يتحقق التسليم ما لم يخل الدار وينزع الثياب ويضع الحمل عن الدابة حتى لو بقي الأب ساكناً في الدار التي باعها فاحترقت أو تهدمت فإنها تهلك من ماله وإذا كان المبيع شاغلاً لحق الغير فليس ذلك بمانع من التسليم وقد صرح بذلك في المادة ٢٧٥. وإذا كان المبيع حنطة في عدل البائع على أي شاغلاً حق الغير فلا يمنع ذلك من تسليمه وإذا كان المبيع ثمراً على الشجر فإذا سلمه البائع على تلك الحال إلى المشتري فالتسليم صحيح «رد المحتار» لأن الثمر شاغل للشجر وكذلك إذا باع شخص الصوف الذي في الفراش وسلمه البائع إلى المشتري على هذا الوجه فإذا كان يمكن المشتري أن يقبض الصوف بدون تمزيق الفراش وإتلاف الخياطة يتحقق القبض لأن المبيع شاغل لا مشغول وإلا فلا لأنه تصرف في ملك البائع وهو لا يملك التصرف في ملكه «هندية» وكذلك إذا باع شخص خلاًّ في زق فختم المشتري باب الزق فذلك قبض للمبيع «خلاصة».

﴿المادة ٢٦٤﴾ متى حصل تسليم المبيع صار المشتري قابضاً له

إذا تسلم المشتري المبيع حسب الأصول المبينة في المادة السابقة والمواد التالية يكون ذلك في حكم قبض المشتري للمبيع شرعاً. ولا يتوقف تحقق القبض الشرعي على قبض المشتري للمبيع بالفعل كما هو معنى لفظ القبض لغة فإذا لم يسلم المبيع إلى المشتري حسب الأصول المبينة في المواد الآتية وأقر المشتري بقبضه المبيع فلا يعد المشتري بهذا الإقرار قابضاً للمبيع «أنظر المادة ١٥٧٧» فمثلاً إذا أقر المشتري بقبض المزرعة المشغولة بزرع البائع فبمجرد إقراره لا يعد قابضاً للمبيع «أنظر شرح المادة الآنفة».

وكذلك إذا باع شخص من آخر في الآستانة داره التي في أدرنة وقال المشتري سلمتها إليك فيحق للمشتري الامتناع من أداء الثمن يعني أن البيع وإن كان صحيحاً إلا أن تسليم المبيع غير صحيح وطريق تسليم المبيع الذي يكون بعيداً عن مجلس البيع سيبين في شرح المادة ٢٧٠. «رد المحتار. بزازية».

﴿المادة ٢٦٥﴾ تختلف كيفية التسليم باختلاف المبيع.

سيتضح في المواد الآتية التي تلي هذه المادة في حكم الأصل لها.

﴿المادة ٢٦٦﴾ المشتري إذا كان في العرصة أو الأرض المبيعة أو كان يراهما من طرفها يكون اذن البائع له بالقبض تسليماً.

ويكفي ذلك في قبض المشتري للمبيع وإذا كان خارج ذلك العقار بحيث يقدر على إغلاق بابه وإقفاله في الحال يعد قريباً وإلا فهو بعيد «بزازية». «أنظر المادة ٢٧٠» وإذا كانت العرصة والأرض ليست قريبة بهذا القدر فإذن البائع للمشتري بالقبض لا يعد تسليماً «خلاصة».

لأن قيام الإذن مقام القبض فيما إذا كان القبض ممكناً فإذا كان غير ممكن لبعد المبيع فالإذن بالقبض ليس قبضاً «واقعات. رد المحتار» واشتراط القرب مذهب الصاحبين أما الإمام الأعظم فعنده ان اذن البائع للمشتري بقبض العرصة والأرض تسليم ولو كانا بعيدين.

والمبيع من العقار الذي سيكون في بلدة لا يتحقق القبض فيه إلا بمضي الزمن الكافي للوصول إليه حيث كما سيذكر في المادة ٢٧٠ «رد المحتار» والحاصل أن الأرض والعرصة اذا كانتا قريبتين يتم تسليمهما بعد قول البائع سلمت وإذا كانتا بعيدتين يتم التسليم بعد قول البائع سلمت ومضى وقت يمكن المشتري فيه أن يصل إلى المبيع ويدخله.

﴿المادة ٢٦٧﴾ إذا بيعت أرض مشغولة بالزرع يجبر البائع على رفع الزرع بحصاده أو رعيه وتسليم الأرض خالية للمشتري

لأن الأرض إذا بيعت ولم يذكر في العقد دخول الزرع في المبيع فبحكم المادة ٢٢٣ لا يدخل الزرع في البيع فيجب تخلية البائع للأرض من الزرع سواء أكان الزرع قابلاً للانتفاع أو غير قابل لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فالبائع مجبر على تسليم المبيع الى المشتري فارغاً «أنظر المادة ٢٦٣» وليس للبائع أن يمتنع من حصاد الزرع بحجة أنه لا يعلم أن البائع مجبر على تخلية الأرض حين لزوم تسليم المبيع إلى المشتري. أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن الحال إلى البائع ولم يحن الوقت الذي يلزم فيه البائع تسليم المبيع فوالحالة هذه يجوز للبائع أن يبقي الزرع في الأرض حتى يدرك بأجر المثل إذا قبل المشتري بذلك «أنظر شرح المادتين٢٥٢ و٥٨٦»

﴿المادة ٢٦٨﴾ إذا بيعت أشجار فوقها ثمار يجبر البائع على جز الثمار ورفعها وتسليم الأشجار خالية

لأن الثمر لا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر ويبقى الثمر في ملك البائع فلذلك يجب على البائع تخلية الشجر بقطف الثمر منه سواء اكان الثمر صالحاً للأكل أم لا ذا قيمة أم لا لأن المشتري أصبح مالكاً للشجر فأصبح البائع مجبراً على تسليمه إلى المشتري فارغاً. أما إذا بيع بما عليه من الثمر فبحكم المادة ٢٣٣ يدخل الثمر في البيع ويلزم البائع تسليم الشجر مع ثمره فإذا بيع شجر

عليه ثمر غير ناضج ورضي المشتري بإيجار الشجر للبائع حتى ينضج الثمر فلا يصح الإيجار وإذا رضي المشتري بإعارة الشجر للبائع جاز ذلك وإنما يكون البائع مجبراً على تخلية المبيع في الوقت الذي يلزم تسليم المبيع فيه فقط ولا يكون مجبراً قبل ذلك.

مثال ذلك: إذا باع شخص مزرعته المزروعة بثمن حال فحينما يدفع المشتري الثمن إلى البائع يكون البائع مجبراً على حصاد الزرع أو إطلاق ماشيته فيه لرعيه لتخلية الأرض ولا يكون البائع مجبراً على تخلية الأرض إذا لم يؤد المشتري ثمن المبيع إلى البائع «أنظر شرح المادة ٢٦٧ و٢٧٨». «بجر. ملامسكين.رد المحتار».

﴿المادة ٢٦٩﴾ إذا بيعت ثمار على أشجارها يكون اذن البائع للمشتري بجزها تسليماً.

لأنَّ مؤونة الأموال التي تباع جزافاً على هذا الوجه تعود على المشتري حسب المادة ٢٩٠ كما أن كون المبيع شاغلاً لا يمنع التسليم حسب المادة ٢٦٣ حتى إذا أذن البائع بقبض المبيع على الوجه المذكور وأصابته جائحة سماوية قبل قطف المشتري للثمر عن الشجر فالخسارة على المشتري «أنظر المادتين ٢٦٤ و٢٩٤». «بزازية» لكن إذا باع البائع الحنطة وهي في سنبلها وسلمها إلى المشتري على هذا الحال فلا يصح هذا التسليم بل على البائع حسبما ورد في شرح المادة ٢٠٦ أن يحصد الحنطة وأن يدرسها ويسلمها بعد ذلك إلى المشتري حنطة «رد المحتار».

﴿المادة ٢٧٠﴾ العقار الذي له باب وقفل كالدار والكرم إذا وجد المشتري داخله وقال له البائع سلمته إليك كان قوله ذلك تسليماً وإذا كان المشتري خارج ذلك العقار فإن كان قريباً منه بحيث يقدر على إغلاق بابه وإقفاله في الحال يكون قول البائع للمشتري سلمتك إياه تسليماً، أيضاً وإن لم يكن منه قريباً بهذه المرتبة فإذا مضى وقت يمكن فيه ذهاب المشتري إلى ذلك العقار ودخوله فيه يكون تسليماً.

وكذلك المخزن والدكان وغيرهما من المواضع المعتاد إغلاقها ولا يشترط في ذلك أن يكون مقفلاً بالفعل ويعتبر ذلك تسليماً بشرط ألا يكون العقار المذكور مشغولاً بحق الغير «فتاوي فابري الهداية» أما إذا كان المبيع ليس قريباً بحيث يمكن المشتري إقفاله فلا يتحقق التسليم ما لم يمض وقت يمكن فيه المشتري الوصول ودخول ذلك العقار «در المختار. رد المحتار».

فلذلك إذا اشترى شخص من آخر في الآستانة عرصته أو داره التي في مدينة أدرنه وأَذِنَ البائع للمشتري بقبض المبيع وأقر المشتري بالقبض قبل أن يمر الوقت الكافي للوصول إلى مدينة أدرنه فلا يكون إقراره بالقبض صحيحاً ولا معتبراً «فتاوى ابن نجيم».

وإذا احترقت الدار أو خربت بسبب آخر قبل مرور ذلك الوقت يجري عليها حكم المادة (٢٩٣). «أنظر شرح المادة ٢٦٤».

إن المقصود من اشتراط مرور وقت يتمكن فيه من الدخول ليس الدخول بالفعل وإنما المقصود التمكن من القبض حتى إذا كان غاصب يشغل الدار أو امتعة للبائع وكانت الدار على هذا الوجه من وجود المانع من القبض فمرور الوقت الكافي للوصول والدخول لا يتحقق به القبض.

﴿المادة ٢٧١﴾ إعطاء مفتاح العقار الذي له قفل للمشتري يكون تسليماً.

ليس المقصود من العقار المقفل حقيقة حين عقد البيع بل المعتاد إقفاله فعلى هذا إذا بيع عقار من هذا النوع وسلم البائع إلى المشتري مفتاح باب ذلك العقار الخارجي الذي يتمكن به المشتري من فتح الباب بلا كلفة ولا استعانة وأذن البائع للمشتري في قبضه فذلك تسليم للعقار أما إذا كان المفتاح الذي سلم إلى المشتري ليس مفتاح الباب الذي يدخل منه إلى المبيع بل مفتاح باب آخر فلا يكون ذلك تسليماً والفرق في ذلك أنه إذا كان المفتاح الذي سلم هو مفتاح العقار يكون في وسع المشتري استلام المبيع وقبضه بخلاف ما إذا كان المفتاح مفتاح باب آخر وكذلك لا يحصل التسليم في المسئلة السابقة بدون الترخيص في القبض (هندية) كما إذا كان المشتري عاجزاً عن فتح باب ذلك العقار بذلك المفتاح من غير استعانة فلا يكون ذلك تسليماً (بزازية).

إن مثل هذا العقار إذا كان قريباً بحيث يمكن المشتري أن يقفله على ما مر في المادة ٢٧٠ فتسليم مفتاح ذلك العقار تسليم للدار حسب هذه المادة أما إذا كان العقار ليس قريباً بهذه المرتبة فمجرد تسليم العقار لا يقوم ذلك مقام القبض بل لا بد من مرور الزمن الكافي لوصول المشتري إلى المبيع ودخوله.

﴿المادة ٢٧٢﴾ الحيوان يمسك برأسه أو أذنه أو رسنه الذي في رأسه فيسلم وكذا لو كان الحيوان في محل بحيث يقدر المشتري على تسلمه بدون كلفة فأراه البائع إياه وأذن له بقبضه كان ذلك تسليماً أيضاً.

(خلاصته) والمسائل التي تتفرع على ذلك هي:

١ - إذا باع شخص دابته التي في المرعى وقال إلى المشتري إذهب واقبضه فإن كانت تلك الدابة في محل قريب يشار إليه وكان منظوراً والمشتري قادراً على قبضها بلا استعانة فهو تسليم (رد المحتار).

٢ - إذا اشترى شخص حصاناً في إصطبل أو طائراً في قفص وأذن البائع له بقبض المبيع ففتح المشتري الإصطبل ففر الحصان أو القفص فأفلت الطائر ينظر فإن كان المشتري قادراً على

قبضه بلا استعانة يتحقق القبض وإذا ضاع الحصان أو الطائر فضياعه من مال المشتري وخسارته عليه أما إذا لم يفتح المشتري الباب بل فتح بسبب آخر ففر الحصان فلا يتحقق التسليم ويجري في ذلك حكم المادة ٢٩٣ (بزازية).

٣ - إذا كان رسن الدابة المبيعة في يد البائع فأمر البائع المشتري بقبض الدابة فأمسك المشتري بالرسن وفر الحصان حينئذ من يد الإثنين يتحقق التسليم ويجري حكم المادة (٢٩٤) وإنما قيل (بلا كلفة) لأنه إذا أمر البائع المشتري بقبض المبيع في محل لا يستطيع المشتري أن يقبضه إلا بكلفة أو معونة ورأى المبيع لا يكون تسليماً لكن إذا تسلم في هذه الصورة المشتري المبيع حقيقة يحصل التسليم كما أنه إذا اشترى شخص الدابة في المرعى وكان قبضها يتوقف على معونة آخرين وعلى وجود حبل ورسن وركوب دابة وكان كل ذلك متوفراً عند المشتري ومن يحتاج إليهم مستعدون لمعونته في القبض فإذا أرى البائع المشتري المبيع وأذن له في القبض يحصل التسليم وإلا فلا.

﴿المادة ٢٧٣﴾ كيل المكيلات ووزن الموزونات بأمر المشتري ووضعها في الظرف الذي هيأه لها يكون تسليماً.

١ - ولو كان كيل البائع أو وزنه للمكيلات والموزونات المعينة ووضعها في الإناء في دكانه أو داره لأن المشتري أصبح مالكاً لتلك المكيلات أو الموزونات بالشراء فأمره يكون مضافاً إلى ملكه وصحيحاً لأنه وإن كان البائع لا يكون كيلاً قصداً للمشتري في قبض المبيع إلا أنه يكون وكيلاً ضمناً وتبعاً للظرف والإناء وهذا المثال هو للقبض تبعاً وضمناً والقبض تارة يكون كذلك وتارة يكون حكماً ويتفرع على النوع الأول أيضاً المسائل الآتية وهي:

٢ - إذا أمر المشتري البائع أن يطحن له الحنطة التي اشتراها فطحنها البائع فالمشتري قد قبض المبيع إلا أنه إذا امتنع البائع أن يسلم الدقيق بعد الطحن إلى المشتري فتلف فالخسارة على البائع (أنظر المادة ٢٩٢).

(٣) إذا استعمل البائع المبيع قبل التسليم بإذن المشتري في مصلحة المشتري يكون المشتري قد قبض المبيع «أنظر شرح المادة ٥٤»

(٤) إذا أتلف المشتري أو أعاب أحد المبيعين اللذين هما في حكم الشيء الواحد كمصراعي الباب وزوجي الحذاء أو أمر البائع باتلافه أو عيبه يكون المشتري قد استلم جميع المبيع

(٥) إذا قبض المشتري أحد الشيئين اللذين هما في حكم الشيء الواحد واستهلك المشتري ما قبضه أو عابه يكون قد قبض الشيء الآخر حتى إذا تلف الآخر في يد البائع يعود خسرانه على المشتري ما لم يمتنع البائع من تسليم ذلك إلى المشتري حين طلبه فتكون حينئذ خسارته على البائع.

توضيح القيود: - ان سبب اسناد الاعطاء في المجلة إلى المشتري أنه إذا وزن المبيع أو كيل

بأمر المشتري ووضع في الظرف الذي هيأه البائع لا يكون ذلك تسليماً كما أنه إذا قبض البائع المبيع بأمر المشتري وتوكيله لا يكون صحيحاً ولا يحصل بذلك تسليم «أنظر المادة ٥٤» وقيدت «المكيلات والموزونات» بقيد «معينة» لأنه إذا كان المكيل أو الموزون غير معين فالشراء ليس صحيحاً ويكون كيل المكيل أو وزن الموزون الذي معيناً ووضعه في الاناء لا يتحقق التسليم سواء أكان الكيل والوزن بحضرة المشتري أم في غيابه (أنظر المادة ٢١٣) إلاّ أنه إذا وزن البائع الموزون أو كال المكيل الذي ليس معيناً وسلمه إلى المشتري وقبضه المشتري بعد الشراء من غير أن يكون مبنياً عليه يكون ذلك بيع تعاط ويكون المشتري قابضاً للمبيع «أنظر شرح المادة ١٧٥ ومتنها» لا ينبغي أن يفهم من عبارة «الظرف والاناء الذي هيأه المشتري» أنه يشترط أن يكون الظرف والإناء ملكاً للمشتري لأن المشتري إذا استعار الظرف من البائع وأمر البائع بكيل المكيل أو وزن الموزون ووضعه في الإناء وعمل البائع بذلك فإذا كان الظرف المذكور معيناً حين الاستعارة فمقتضى المادة السابقة إن ذلك قبض للمبيع أما إذا كان الظرف غير معين إلا أن المشتري كان حاضراً حينما كال البائع المبيع أو وزنه ووضعه في الظرف فكذلك يعد قبضاً ولكن إذا كان الظرف أو الإناء غير معين والمشتري غائباً عن الوزن والكيل والوضع في الظرف فلا يكون ذلك قبضاً «أنظر المادة ٨١١».

التفصيلات في تلف المبيع بسبب انكسار الإناء: ـ إذا اشترى شخص عشرة أرطال زيتاً معينة وأعطى البائع إناء وأمره بزنة المبيع ووضعه في ذلك الإناء. فانكسر ذلك الإناء وسال الزيت ولم يطلع الطرفان على ذلك ووزن البائع الباقي ووضعه أيضاً في الإناء يتحقق القبض فيما وضع في الإناء قبل كسره والخسارة بمقتضى المادة ٢٩٤ على البائع ولا يتحقق القبض في الزيت الذي وضع في الإناء بعد كسره ويعود الخسران فيه بحسب المادة ٢٩٣ على البائع أما ما وضع في الإناء قبل كسره واعتبره أنه سلم إلى المشتري فإذا بقي منه شيء في الإناء واختلط في الزيت الذي وضع في الإناء بعد انكساره واعتبر انه لم يسلم إلى الإناء فما وضع في الإناء قبل الإنكسار في ملك البائع والبائع يضمن للمشتري مثل ذلك المقدار لأن البائع بخلطه زيته بزيت المشتري يعد غاصباً لزيت المشتري ويجري في ذلك حكم المادة (٨٩١) أما إذا لم يعط المشتري البائع ذلك الإناء بل أمسكه في يده وكانت المسألة على الوجه المشروح ففي جميع ذلك يعود الخسران في المبيع على المشتري أما إذا كان الإناء الذي سلمه البائع إلى المشتري لوضع المكيل أو الموزون فيه مكسوراً وغير صالح للحفظ وتلف ما وضع فيه فإذا كان البائع عالماً بذلك والمشتري جاهلاً له ووضع البائع المبيع في الإناء فسال فخسارته تعود على البائع وليس له على المشتري شيء وإذا كان البائع يجهل ما في الإناء من الكسر والمشتري يعلم أو كان الطرفان يعلمان فيكون المشتري قابضاً للمبيع وعليه الخسران فيه على المشتري. يجب أن يكون الإناء سليماً للقبض لأن المشتري إذا سلم الى البائع إناء بعد شرائه المال، وأمره بوضع المال في الإناء ووزنه فوضعه البائع لذلك الغرض فانكسر الإناء وتلف المال الذي فيه سواء أكان ذلك قبل الوزن أو بعده فالخسارة على البائع لأن وضع البائع للمبيع في إناء المشتري للوزن لا للتسليم (أنظر المادة ٢» لكن إذا وضع البائع المبيع في إنائه ووزنه ثم أفرغه في إناء المشتري فانكسر هذا الإناء وتلف المبيع فبما أن القبض يتحقق بذلك فالخسارة على المشتري «بزازية».

والمسائل التي تتفرع على القبض حكماً ما يأتي:

(١) إذا اتلف المشتري المبيع قبل القبض يكون قبضاً له «هندية»

(٢) إذا استهلك المشتري بعض المبيع كان ذلك قبضاً لمقادر ما استهلك باستهلاكه إياه وقبضاً للباقي بعيبه له حتى إذا تلف الباقي منه في يد البائع عادت خسارته بمقتضى المادة ٢٩٤ على المشتري إلاّ أن المشتري إذا طلب الباقي فإمتنع البائع عن تسليمه إليه وتلف في يد البائع فالخسارة في ذلك على البائع ويضمن المشتري مقداراً ما استهلكه فقط (بزازية).

(٣) إذا تسلم المشتري أحد الشيئين اللذين هما في حكم الشيء الواحد كزوج النعل فاستهلكه أو عابه يكون المشتري قابضاً للمبيع كله إلاّ أنه إذا طلب من البائع تسليم الباقي في يده فامتنع البائع وتلف في يده الباقي فمن ماله «هندية»

(٤) إذا أعاب المشتري المبيع عيباً يورث نقصاناً في قيمة المبيع كان ذلك قبضاً للمبيع ما لم يطلب من البائع بعد العيب تسليم المبيع إليه ويمتنع البائع فيتلف في يده فإن تلف يكون من مال البائع إلاّ أنه يجب على المشتري أن يضمن النقص الذي طرأ على المبيع بسبب عيبه له «خلاصة».

(٥) إذا وهب المشتري المبيع لآخر وسلمه إليه أو أجره وسلمه إلى آخر بأمر المشتري أو أعار المبيع أو رهنه عند شخص آخر وسلمه إليه بدون أمر من المشتري إلاّ أن المشتري أجاز عمله هذا فالمشتري يعد قابضاً للمبيع «رد المحتار»

(٦) إذا أوصل البائع المبيع إلى المشتري في البيع الصحيح وأراد أن يسلمه إلى المشتري فقال المشتري أطرح المبيع في الماء فعمل البائع بأمره فالمشتري يكون قابضاً للمبيع لأن البائع لا يمكنه أن يسلم غير المبيع الذي أصبح حق المشتري فيه متعيناً لكن إذا كان البيع فاسداً فتلف المبيع من مال البائع (رد المحتار).

(٧) إذا اتلف أجنبي المبيع قبل قبض المشتري له فقام المشتري بتضمين المتلف يكون قابضاً (أنظر المادة ٥٤) فإذا لم يستطع المشتري قبض البدل من المتلف لإفلاسه فليس بعد ذلك أن يرجع على البائع (هندية) والمسائل التي لا يعتبر فيها المشتري قابضاً هي:

إذا أمر المشتري البائع بشيء لا يحدث نقصاً في المبيع كأن يأمر بغسله فعمل البائع بأمره قبل القبض فلا يعد المشتري قابضاً للمبيع (هندية) إذا أودع المشتري البائع المبيع قبل القبض أو أعاره إياه أو آجره أو أدى بعض ثمن المبيع ورهنه عنده قبل القبض بباقي الثمن فلا يكون المشتري قابضاً للمبيع ولا يلزم البائع بدفع الأجرة باستئجاره المبيع (خلاصة) كما أنه إذا آجر البائع المبيع قبل التسليم فالأجرة تعود على البائع وإذا استعمله البائع وتلف في يده فخسارته عليه «أنظر المادة ٨٥»

﴿المادة ٢٧٤﴾ تسليم العروض يكون باعطائها ليد المشتري أو بوضعها عنده أو باعطاء الاذن له بالقبض باراءتها له.

سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً فالتسليم يتحقق بالتعامل على هذا الوجه أما إذا كانت العروض ليست قريبة من المشتري بقدر يتمكن المشتري به من قبضها وهو جالس دون أن يقوم من مجلسه فلا يتحقق التسليم بذلك فعلى هذا إذا باع شخص ثوباً من آخر وأذن له بقبضه فلم يقبضه المشتري فأخذه اجنبي وأضاعه ينظر فإن كان ذلك الثوب قريباً من المشتري بحيث يمكنه قبضه من دون قيام يتحقق التسليم والخسران يعود على المشتري (هندية) وإن لم يكن قريباً بهذا القدر بحيث لا يمكن للمشتري قبضه بدون قيام فلا يتحقق التسليم ويعود خسرانه على البائع.

﴿المادة ٢٧٥﴾ الأشياء التي بيعت جملة وهي داخل صندوق أو انبار أو ما شابهه من المحلات التي تقفل يكون إعطاء مفتاح ذلك المحل للمشتري والأذن له بالقبض تسليماً مثلاً لو بيع أنبار حنطة أو صندوق كتب جملة يكون إعطاء مفتاح الأنبار أو الصندوق للمشتري تسليماً

أي كالمكيلات والموزونات والأمتعة التي تباع وتكون داخل مخزن أو صندوق أو علبة فإذا بيعت علبة لؤلؤ وسلم البائع إلى المشتري مفتاح تلك العلبة وأذن للمشتري في قبض اللؤلؤ فذلك تسليم للمبيع ولا يشترط على البائع أن يكيل القمح أو يزن التبن أو يعد الكتب ويسلمها إلى المشتري أما إذا أعطى البائع المشتري مفتاح ذلك المحل ولم يقل للمشتري اذهب وافتح المحل واخرج المبيع أو لم يقل له اني سلمتك ما فيه أو ما يشبه ذلك مما يدل على الأذن بالقبض فلا يتحقق التسليم ولذلك قال المتن (والاذن بالقبض) فقرن الإعطاء بهذا القول لأن فتح المخزن والدخول فيه تصرف في ملك البائع فلا يجوز بغير إذن البائع (أنظر المادة ٩٦)

﴿المادة ٢٧٦﴾ عدم منع البائع حينما يشاهد قبض المشتري للمبيع يكون إذناً من البائع بالقبض

المقصد من البائع الذي له حق حبس المبيع بوجه من الوجوه سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً فالقبض في مجلس العقد على هذا الوجه صحيح (أشباه). أنظر الفقرة الاستثنائية من المادة ٦٧) والاذن بالقبض على هذا الوجه إذن دلالة فيتقيد بالبيع في مجلس العقد واذن لا يجوز قبض المبيع بيعاً فاسداً بعد مجلس العقد بدون رضاء البائع صراحة (قهستاني)

وكما أن القبض بأذن البائع دلالة معتبر فكذلك قبضه صراحة سواء أكان الاذن في مجلس العقد أو بعده فإذا قبض المشتري المبيع على هذا الوجه فليس للبائع استرداد المبيع وحبسه لاستيفاء ثمن المبيع (أنظر المادة ٢٨١)

﴿المادة ٢٧٧﴾ قبض المشتري المبيع بدون اذن البائع قبل اداء الثمن لا

يكون معتبراً إلاّ أن المشتري لو قبض المبيع بدون الاذن وهلك في يده أو تعيب يكون القبض معتبراً حينئذ

المقصود من الثمن هنا المعجل فإذا قبض المشتري المبيع بدون أذن البائع قبل أن يؤدي الثمن إلى البائع وباعه من آخر أو اجره أو رهنه أو وهبه أو تصدق به وسلمه أي تصرف به تصرفاً قابلاً للنقض والفسخ فللبائع أن ينقض هذه التصرفات وأن يسترد المبيع ليحبسه حتى قبض الثمن مثال ذلك أن يقبض المشتري المبيع بدون أذن البائع قبل نقد الثمن ويبيعه من شخص آخر ويسلمه إليه فإن شاء البائع الأول استرداد المبيع ينظر فإذا أقر ذلك الشخص دعوى البائع كان له استرداد المبيع وحينئذ يكون البيع الثاني باطلاً وإن أنكر الدعوى أو أجاب بعدم العلم تؤجل الدعوى إلى حين حضور المشتري الأول فإذا حضر وصدق دعوى بائعه فتصديقه حكم على المشتري الثاني (أنظر المادة ٧٨) وإذا كذبه طولب البائع بالبينة على دعواه فإذا اثبتها بحضور المشتري الأول والمشتري الثاني حكم البائع برد المبيع إلى بائعه وعلى هذا الوجه ينفسخ البيع الثاني أيضاً ما لم ينقد المشتري الأول البائع ثمن المبيع قبل الرد فإنه والحالة هذه ليس للحاكم أن يرد المبيع وعلى هذا إذا دفع المشتري الأول ثمن المبيع إلى البائع بعد أن استرد البائع المبيع لا يعود البيع الثاني (أنظر المادة ٥١) وكذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري الثاني فالبائع يضمن قيمته والقيمة المذكورة في يد البائع تكون في حكم عين المبيع حتى إذا هلكت القيمة المذكورة في يد البائع ينفسخ البيع الأول والثاني فيسترد المشتري الثاني ما دفعه إلى المشتري الأول من الثمن فإذا دفع المشتري الأول إلى البائع ثمن المبيع قبل هلاك القيمة المذكورة في يد البائع أخذ تلك القيمة من البائع وليس للمشتري الأول أن يأخذ تلك القيمة من المشتري الأول بل له أن يسترد الثمن الذي دفعه «هندية» فعلى هذا الوجه إذا قبض المشتري المبيع بدون اذن البائع وطلب البائع من المشتري إعادة المبيع إليه فاذن المشتري له بقبضه فلا يكون البائع قابضاً للمبيع بل يجب أن يقبضه حقيقة أما إذا قبض المشتري المبيع بدون اذن وتلف في يده أو تعيّب كان القبض معتبراً كما بين ذلك في شرح المادة ٢٧٥.

توضيح القيود - قيل «بدون اذن البائع» لأنه يجوز للمشتري أن يقبض المبيع قبل اداء الثمن المعجل بإذن البائع «أنظر شرح المادة ٢٧٦» و«المادة ٢٨١» وكذلك أذن البائع بقبض شيء واحد من الشيئين اللذين هما في حكم الشيء الواحد كإذن البائع للمشتري بقبض أحد مصراعي الباب أو إحدى زوجي الحذاء في حكم الأذن بقبض الأخرى حتى لو قبض المشتري هذين الشيئين بناء على أذن البائع بقبض أحدهما فليس للبائع أن يطلب استرداد ذلك بداعي أنه لم يأذنه إلاّ باستلام شيء واحد فإذا استرد البائع المبيع جبراً كان غاصباً «هندية» وقيل «إذا تلف» لأنه إذا كان المبيع ثوباً مثلاً فقبضه المشتري بلا إذن ثم صبغه أو كان المبيع عرصة ثم أنشأ فيها المشتري داراً أو غرس فيها اشجاراً فللبائع أن يسترد المبيع ويحبسه حتى يقبض الثمن فإذا اراد البائع هدم البناء وقلع الاشجار وإعادة المبيع إلى حاله الأصلية ينظر فإن كان ليس في ذلك ضرر على المبيع تهدم الدار وتقلع الأشجار وان كان فيه ضرر فللبائع ألا يفعل ذلك «أنظر المادة ١٩» وإذا كان ذلك

الثوب فقدم في يد البائع ضمن البائع للمشتري كلفة الصبغ الذي كان في الثوب «هندية».

رجوع حق الحبس بعد سقوطه - إذا تسلم البائع ثمن المبيع وضبط منه بالاستحقاق ينظر فإن كان لمشتري تصرف في المبيع تصرفاً قابلاً للفسخ كبيعه من آخر أو ايجاره أو رهنه وتسليمه فللبائع أن يسترد المبيع ويحبسه لاستيفاء الثمن وكذلك إذا تصرف فيه تصرفاً غير قابل للفسخ.

الفصل الثاني

في المواد المتعلقة بحبس المبيع

خلاصة الفصل ـ إن حق الحبس يثبت في بيع الشيء الواحد أو بيع الأشياء المتعددة صفقة واحدة بثمن معجل ولا يثبت في البيع بالنسيئة ولا يسقط حق الحبس بالرهن والكفيل والإبراء من قسم من الثمن وأداء قسم ويسقط بأحد أسباب عشرة سيأتي بيانها في المادتين ٢٨١ و٢٨٢ . وكما أن للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، للمرتهن أن يحبس المرهون لاستيفاء الدين إلاّ أن بين الحبسين فرقاً من ثلاثة وجوه.

الأول: إذا كان المبيع غائباً فلا يلزم المشتري تسليم الثمن مطلقاً لكن إذا كان الرهن غائباً بأن كان في مدينة وكان إحضاره يكلف المرتهن نفقة فليس المرتهن ملزماً بإحضار الرهن قبل استيفاء الدين.

الثاني: إذا أعار المرتهن الرهن للمرتهن فلا يبطل حقه في الرهن ولا أن يسترده بعد ذلك ولكن إذا أعار البائع المشتري المبيع أو أودعه إياه يسقط حق البائع في حبس المبيع وليس له استرداده من المشتري.

الثالث: إذا نقد المشتري البائع الثمن وقبض المبيع باذن البائع وتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو لم يتصرف فظهر الثمن الذي أداه إلى البائع نقوداً زائفة فليس للبائع أن يبطل تصرفات المشتري وأن يسترد المبيع أما المرتهن فله استرداد المبيع في هذه المسئلة (أشباه).

﴿المادة ٢٧٨﴾ في البيع بالثمن الحال أعني غير المؤجل للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن.

ولو كان ثمن المبيع بعضه معجلاً فإذا كان حالاً جميعه فللبائع وقف المبيع حتى يقبض ثمنه وإذا كان بعض الثمن معجلاً وبعضه مؤجلاً فللبائع حبس المبيع إلى أن يقبض البعض المعجل لأن حق الحبس لا يقبل التجزؤ (هندية) فعلى هذا لو بقي شيء قليل من الثمن في ذمة المشتري فللبائع أن يحبس جميع المبيع (بزازية) حتى لو كان المشتري اثنين ودفع أحدهما جميع حصته من الثمن فللبائع حبس جميع المبيع حتى يأخذ ما على الآخر مثال ذلك أن يبيع شخص حصانه صفقة واحدة من رجلين بثمن معجل فإذا أوفى أحدهما ما عليه من الثمن فللبائع أن يمسك المبيع حتى يؤدي

الآخر جميع ما عليه من الثمن فإذا اشترى شخصان حصاناً صفقة واحدة فغاب أحدهما ولم يعلم مستقره قبل أداء الثمن وقبض المبيع فللمشتري الحاضر إداء كل الثمن وأخذ الحصان من البائع والظاهر أن ذلك فيها لو كان المبيع غير مثلي أما المثلي كالبر ونحوه مما يمكن قسمته فلا جبر على دفع الكل ولذا مثلت المسألة بالحصان كما ذكرنا (رد المحتار) أقول للبائع حبس المبيع كله مثلياً أو قيمياً لاستيفاء كل الثمن فإذا دفع حصته من الثمن فليس له القبض من المبيع المثلي بقدر حصته كما هو مذكور في المادة الآتية فاضطرار المشتري الحاضر إلى إيفاء الثمن كله ظاهر أيضاً في الفرق بين القيمي والمثلي (شارح).

فعليه ليس للبائع بعد قبض الثمن جميعه أن يمتنع من تسليم المبيع إلى المشتري الحاضر فإذا حضر المشتري الغائب بعد ذلك فللمشتري الذي أدى جميع الثمن أن يمسك المبيع عنه حتى يقبض منه حصته من الثمن فإذا تلف الحصان قبل حضور المشتري الغائب أو بعده قبل طلبه الحصان فللحاضر أن يرجع على الغائب في حصته من الثمن لأن المشتري الحاضر ليس في دفعه حصته الغائب من الثمن متبرعاً بل أنه في ذلك مجبر (در المختار) (رد المحتار).

إما إذا حضر الغائب وطلب من المشتري تسليمه الحصان فلم يسلمه إليه وحبسه حتى يقبض الثمن منه فإذا تلف الحصان في يد المشتري الحاضر في أثناء حبسه لاستيفاء الثمن فليس له أن يطالب المشتري الغائب بما دفعه عنه كما لا يحق للمشتري الغائب أن يطلب تضمين المشتري الحاضر قيمة الحصان (هندية) (أنظر المادة ٩١) وإنما قيل (إذا كان المشتري غائباً ولم يعلم مستقره) لأنه إذا كان المشتري الآخر ليس غائباً بل حاضراً فالذي يدفع كل الثمن يكون متبرعاً لأنه لا يكون مضطراً في إيفاء الكل إذ يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي في أن ينقد حصته ليستوفي نصيبه (رد المحتار) وما دام للبائع حق وقف المبيع على الوجه المذكور يكون المشتري حسب المادة ٢٦٢ مجتراً على إيفاء الثمن قبلاً فلذلك إذا باع شخص خمسين كيلة حنطة بألف قرش حالة فأوفى المشتري البائع تسعمائة وتسعين قرشاً من الألف فللبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض عشرة القروش الباقية وليس للمشتري أن يطلب من البائع أن يدفع إليه تسعاً وأربعين كيلة ونصفاً وكذلك إذا باع شخص سبعين كيلة حنطة بألف وخمسمائة قرش على أن يكون ألف قرش منها معجلة وخمسمائة مؤجلة فللبائع حبس كل المبيع حتى يؤدي المشتري إليه القسم المعجل وهو الألف القرش ولا يحق للمشتري أن يطلب تسليمه خمساً وعشرين كيلة حصة الثمن المؤجل وكذلك إذا أودع شخص آخر في الآستانة كذا رطل زيت ثم لاقى المستودع في مدينة بورصة فباع الوديعة منه فإذا لم يجدد تسليم ذلك الزيت إليه فليس له طلب ثمن المبيع من المشتري (أنظر شرح المادة ٢٦٢) لأن المستودع إذا اشترى ما أودع فلا يكون قابضاً بقبض الإيداع ولا بد من قبض جديد وأما تسليم الثمن فيقتضي إحضار السلعة ليعلم أنها قائمة فإذا أحضرها البائع أمر المشتري بتسليم الثمن وله أن يمتنع عن دفعه إذا كان المبيع غائباً عن مصر المتبايعين أو غيرها (خيرية).

إذا نظر في الأحكام التي تترتب على غيبة المشتري قبل إدائه الثمن فحسب الحكم المذكور في

المجلة يحق للبائع حبس المبيع وطلب الثمن معجلاً إلاّ أنه إذا اشترى شخص من آخر مالاً منقولاً وغاب ولم يعلم مقره قبل أداء الثمن وقبض المبيع فللبائع أن يراجع القاضي ويثبت بالبينة بيعه ذلك المال من ذلك الشخص وأنه لم يقبض الثمن فالقاضي يبيع ذلك المال ويؤدي ثمنه إلى البائع فإذا زاد الثمن عن مطلوب البائع حفظ القاضي الزيادة إلى المشتري وإذا أنقص فللبائع مطالبة المشتري بالنقص حينما يجده أما إذا كان المبيع عقاراً أو كان المشتري قد قبض المبيع أو كان مقر المشتري معلوماً مع بعده فلا يجوز بيع ذلك المال وتأدية الثمن إلى البائع (رد المحتار، در المختار) لأن مراجعة المشتري والحالة هذه ممكنة وكذا إذا اشترى شخص سلعة مما يسرع إليه الفساد كالثمار والخضروات وغاب المشتري قبل أداء الثمن وقبل أن يقبض المبيع فللبائع أن يبيع المبيع من آخر فإذا خسر عادت الخسارة على البائع لأن غياب المشتري بعد شرائه مالاً يسرع إليه الفساد اذن منه دلالة يفسخ البيع (رد المحتار).

﴿المادة ٢٧٩﴾ إذا باع أشياء متعددة صفقة واحدة له أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن.

يعني إذا باع البائع الشيء الواحد أو الأشياء المتعددة صفقة واحدة بالثمن المعجل أو جميعه أو بعضه سواء أفصل الثمن أم لم يفصل وسواء أكان من جنس واحد أم متعدد فللبائع أن يحبس جميع المبيع حتى يقبض كل الثمن «الخلاصة».

وإذا كانت صفقة البيع واحدة وبقي من الثمن النزر القليل اما لإداء المشتري للجانب الأكبر منه إلى البائع أو لإبراء البائع للمشتري من ذلك الجانب فللبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفي الباقي من الثمن ويتفرع على ذلك المسائل الآتية:

(١) إذا باع شخص عشر شياه بخمسمائة قرش ثمن كل شاة خمسون قرشاً فأجل البائع أربعمائة وخمسين قرشاً أي ثمن تسع شياه. وأبرأ المشتري من ذلك فليس للمشتري أن يقبض التسع الشياه لأن الصفقة متحدة وللبائع حبس المبيع كله حتى استيفاء الخمسين قرشاً وهو الثمن المعجل.

(٢) إذا اشترى شخص فرسين بألف ومائة قرش صفقة واحدة قائلاً أن ثمن هذه خمسمائة قرش وثمن تلك ستمائة فإذا دفع المشتري إلى البائع خمسمائة الثمن المعين لأحد الفرسين بعينه أو أبرأه البائع من ذلك فللبائع أن يحبس الفرسين حتى يستوفي ست المائة ثمن الفرس الأخرى.

(٣) إذا كان بعض ثمن الأشياء المتعددة معجلاً وثمن البعض الآخر مؤجلاً فللبائع حبس كل المبيع حتى يؤدي له المشتري جميع الثمن.

(٤) إذا كان ثمن المبيع مائة قرش وكان للمشتري في ذمة البائع تسعون قرشاً وأوفى مقدار ذلك من الثمن بطريق التقاص فلا يحق للمشتري قبض المبيع قبل إيفاء العشرة القروش الباقية من الثمن.

توضيح القيود -: قيل (الأشياء المتعددة) ليس للاحتراز من أن يكون المبيع شيئاً واحداً لأنه حينئذ يجري عليه حكم هذه المادة بطريق الأولى فإذا باع شخص بغلة صفقة واحدة إلّا أنه بين في البيع ثمن كل من نصفي البغلة بأن قيل ثمن نصف هذه البغلة بألف قرش والنصف الآخر بخمسمائة فللبائع حبس البغلة حتى يقبض جميع الثمن وليس للمشتري أن يدفع إلى البائع ألف قرش ويطلب منه أن تبقى البغلة عنده يوماً آخر. وما ورد في الشرح من عبارة (سواء فصل الثمن) ألخ لا يقصد منه الاحتراز عن البيع صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن كل مبيع لأن حكم هذه المادة يجري على هذه الصورة بطريق الأولى كما لو باع شخص عشر شياه بخمسمائة قرش فللبائع حبس المبيع حتى يقبض جميع الثمن وكذلك إذا كان بعض الثمن معجلاً فللبائع أيضاً حق الحبس فعليه إذا باع شخص أشياء متعددة صفقة واحدة وبين ثمن كل بمفرده وشرط في العقد أن ثمن أحد المبيعين معجل والآخر مؤجل فللبائع حبس جميع المبيع حتى يستوفي المعجل كله من الثمن ولو كان المعجل من الثمن يسيراً جداً ولا يحق للمشتري أن يأخذ القسم المؤجل ثمنه من المبيع.

﴿المادة ٢٨٠﴾ إعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لا يسقط حق الحبس

وكذلك إبراء البائع للمشتري من بعض الثمن المسمى لا يسقط حق البائع في حبس المبيع كله فلذلك يحق للبائع أن يمسك المبيع حتى يقبض الثمن المعجل (رد المحتار، هندية) لأن الرهن والوكالة هما توثيق للدين وحق البائع في الاستيفاء بالفعل والتوثيق لا يقوم مقام الاستيفاء.

﴿المادة ٢٨١﴾ إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه وفي هذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن.

إن حق البائع في حبس المبيع يسقط بأحد عشر سبباً:

١ - أن يسلم البائع المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن المعجل ولو كان البائع ولي الصغير
٢ - أن يودعه المشتري.
٣ - أن يعيره إياه
٤ - إذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع فسكت
٥ - إذا قبض المشتري المبيع بلا أذن البائع ثم أجاز البائع بعد ذلك القبض
٦ - أن يشتري شخص الدار التي يسكنها.

ففي هذه الأحوال الست يسقط حق البائع في حبس المبيع (أنظر المادة ٢٧٦) (هندية. خلاصة. بزازية).

وفي هذه الأحوال الست أيضاً ليس للبائع حبس المبيع أو استرداده ليحبسه حتى يقبض الثمن. ففي الصورة الثالثة مثلاً لا يحق للبائع أن يسترد المبيع من المشتري لحبسه في يده حتى

يستوفي الثمن بل للبائع أن يطلب ثمن المبيع من المشتري في الحال أما الاسباب الخمسة الأخرى التي يسقط بها حق حبس المبيع فسيجيء الكلام عليها في شرح المادة الآتية أما إذا قبض المشتري المبيع بغير أذن البائع صراحة أو دلالة فلا يعتبر قبضه حسب المادة (٢٧٧).

ويفهم من ذكر البائع بصورة مطلقة شمول البائع للأصيل والوكيل والولي فبناء عليه إذا باع شخص مال ولده الصغير بثمن معجل وسلم المبيع إلى المشتري قبل قبض الثمن منه يسقط حق حبسه للمبيع وليس له استرداد المبيع لحبسه حتى يقبض الثمن «أنظر المادة ٥١» (خلاصة).

﴿المادة ٢٨٢﴾ إذا احال البائع إنساناً بثمن المبيع وقبل المشتري الحوالة فقط اسقط حق حبسه وفي هذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبسه إلى أن يستوفي الثمن.

وكذلك إذا أحال المشتري البائع على آخر بقبض الثمن فقبل البائع أو أدى المشتري إلى البائع ثمن المبيع كله أو ابرأه منه كله أو أجله كله(رد المحتار) لأنه لا يبقى للبائع في هذه الصور حق في مطالبة المشتري بالثمن «أنظر المادتين ٦٩٠ و ١٥٦٢».

ويفهم من هاتين المادتين أن حق البائع في حبس المبيع يسقط بأحد عشر سبباً

وإنما قيل (أحال البائع شخصاً آخر على المشتري) لأن المشتري إذا أحال البائع على شخص لأخذ ثمن المبيع فعند الشيخين يسقط حق البائع في حبس المبيع وعلى ذلك تكون الأسباب التي تسقط حق البائع في حبس المبيع أحد عشر سبباً أما عند محمد فلا يسقط ذلك في حبس المبيع(انقروى) ولما كان الفقهاء يرجحون قول الإمام الأعظم ولاسيما إذا شاركه فيه أبو يوسف فذلك وجب ترجيح قول الشيخين هنا وعدت الأسباب المسقطة للحق المذكور أحد عشر.

﴿المادة ٢٨٣﴾ في بيع النسيئة ليس للبائع حق حبس المبيع بل عليه أن يسلم المبيع إلى المشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل.

أي إذا كان كل الثمن مؤجلاً (هندية) مثلاً إذا باع شخص متاعاً بثمن مؤجل ولم يطلب المشتري قبض المبيع فحل الأجل قبض المبيع فللمشتري أن يقبض المبيع قبل نقد الثمن وليس للبائع حبسه لاستيفاء الثمن أما إذا كان بعض الثمن حالاً وبعضه مؤجلاً فللبائع أن يحبس المبيع حتى يقبض الحال من الثمن.

﴿المادة ٢٨٤﴾ إذا باع حالاً أي معجلاً ثم أجل البائع الثمن سقط حق حبسه المبيع وعليه حينئذ أن يسلم المبيع للمشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل.

لأن تأجيل البائع فيما بعد في حكم التأجيل ابتداء فيكون قد اسقط حقه في حبس المبيع حسب المادة الآنفة وليس له أن يحبس المبيع إلى حلول الأجل. مثال ذلك أن يبيع شخص مالاً من آخر بمائة قرش بثمن معجل ثم يؤجل ذلك الثمن شهرين فعلى البائع أن يسلم المبيع في الحال إلى المشتري على أن يقبض الثمن حين حلول الأجل وليس للبائع حبس المبيع شهرين وطلب تأخير المبيع حتى يقبض الثمن (بحر).

الفصل الثالث

في حق مكان التسليم

خلاصة الفصل:

١- لا يشترط في البيع بيان مكان التسليم
٢- يسلم المبيع في المكان الذي وقع فيه العقد.
٣- إذا كان المشتري لم يعلم مكان المبيع حين الاشتراء فهو مخير بخيار كشف الحال.
٤- إذا اشترط تسليم المبيع في محل معين لزمه تسليمه هناك أما البيع بشرط نقل المبيع إلى دار المشتري فهو غير صحيح.

﴿المادة ٢٨٥﴾ مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه حينئذٍ مثلاً لو باع رجل وهو في اسلامبول حنطة التي في تكفورطاغي يلزم عليه تسليم الحنطة المرقوتة في تكفورطاغي وليس عليه أن يسلمها في اسلامبول.

لا يشترط في عقد البيع بيان المكان الذي يسلم فيه المبيع فعقد البيع المطلق الذي لا يبين فيه مكان تسليم المبيع يسلم فيه المبيع إلى المشتري في المكان الذي كان فيه المبيع حين العقد لا في مكان عقد البيع حتى إذا نقل البائع المبيع بلا إذن المشتري من المحل الذي كان فيه حين العقد إلى مكان آخر وجب عليه إعادته إلى حيث كان أما ثمن المبيع فإن كان محتاجاً إلى الحمل والمؤونة فيجب بيان مكان تسليمه في بيان العقد فلذلك خصصت المجلة حكم هذه المادة بالمبيع كما سبق بيان ذلك في شرح المادة ٢٣٨.

﴿المادة ٢٨٦﴾ إذا كان المشتري لا يعلم أن المبيع في أي محل وقت العقد وعلم به بعد ذلك كان مخيراً ان شاء فسخ البيع وان شاء امضاه وقبض المبيع حيث كان موجوداً.

يعتبر في تسليم المبيع مكان البيع فإذا لم يبين البائع مكان المبيع ولم يكن المشتري يعلم وكان ظاهراً أنه لم يكن في مكان العقد ثم اطلع المشتري على مكانه فالبيع صحيح إلا أن المشتري يكون مخيراً خيار كشف الحال فله فسخ البيع وترك المبيع وله قبضه من حيث كان حين العقد بكل الثمن المسمى (مشتمل الأحكام).

﴿مادة ٢٨٧﴾ إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في المحل المذكور.

«أنظر المادة ١٨٨» مثال ذلك أن يبيع شخص حنطة من مزرعة له على أن يسلمها إلى المشتري في داره فيجب عليه تسليمها إلى المشتري في داره وكذلك إذا شرط تسليم المبيع الذي يحتاج إلى مؤونة في نقله إلى محل معين فيجب تسليمه هناك وان كان يصح البيع بشرط تسليم المبيع في محل معين حسب هذه المادة إلا أنه لا يصح البيع بشرط حمل المبيع ونقله إلى دار المشتري (أنظر شرح المادة ١٨٩٠)(هندية) ففي هذه المسألة قد تعين محل المبيع مكاناً للتسليم فاشتراط نقله إلى دار المشتري بعد ذلك شرط زائد ومفسد أما المسألة التي ذكرتها المجلة فليست على هذا الوجه.

الفصل الرابع

في مؤونة التسليم ولوازم اتمامه

خلاصة الفصل:

مؤونة التسليم أي كلفته النفقات التي تلزم المشتري هي ١- نفقة التسليم في بيع المجازفة ٢- النفقة التي تتعلق بالثمن ٣- أجرة كتابة الصك ٤- النفقات التي يلزمه اداءها في بعض الأحوال بمقتضى العرف، والعادة (أنظر المادة ٢٩١) النفقات التي تلزم البائع هي ١- نفقة تسليم المبيع ٢- النفقة التي يكون مكلفاً بادائها في بعض الأحيان حسب العرف والعادة (أنظر المادة ٢٩١)

﴿المادة ٢٨٨﴾ المصارف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري مثلاً أجرة عد النقود ووزنها وما اشبه ذلك تلزم المشتري وحده.

لأن الوزن والعد من اتمام التسليم ولما كان المشتري ملزماً بتسليم الثمن لزمه ما يتم به التسليم فأجرة العد والوزن اللذين هما من تمام تسليم الثمن يجب على المشتري أن يدفعها.

ويفهم من اطلاق قول المجلة «المصارف المتعلقة بالثمن» أنه إذا وقع بين المتبايعين خلاف في جودة الثمن وزعم المشتري الجودة فالنفقة التي تصرف في سبيل ذلك تلزم المشتري «هندية» إلا أنه إذا قبض البائع الثمن واعاده بزعم أنه زيوف فما ينفق على وزنه وعده يلزم البائع لأن النقد من تمام التسليم وشرط لثبوت الرد إذ لا تثبت زيافته إلا بنقده وكذلك إذا كان شخص مديناً لآخر بدين غير ثمن المبيع فاراد اداء الدين فأجرة تعداد هذا الدين ووزنه تلزم المدين إلا أنه إذا ادعى الدائن بعد استيفائه دينه أنه استوفاه بدون عد فمصارف العد والوزن عليه لأنه بقبضه الدين اصبح في ضمانه «ردالمحتار».

﴿المادة ٢٨٩﴾ المصارف المتعلقة بتسلم المبيع تلزم البائع وحده مثلاً أجرة الكيال للمكيلات والوازن للموزونات المبيعة تلزم البائع وحده.

هذا في المكيلات والمعدودات والمذروعات والموزونات التي لم تبع جزافاً فهذه المصارف تلزم البائع لأن الكيل والعد والذرع والوزن من متممات تسليم المبيع ولما كان تسليم المبيع لازماً له فيلزمه ما يتم به نفقة ما يكون به تسليم المبيع لازمة له «مجمع الأنهر».

فإذا باع شخص حمل سفينة حطباً كل قنطار بعشرين قرشاً فأجرة تسليم القنطار تلزم البائع إلا أن العمل في زماننا جار على أخذ الأجرة من المشتري حسب النظام المخصوص وكذلك أجرة افراغ الحنطة في الاعدال «الأكياس» تعود على البائع وكذلك إذا اشترى ماء من السقاء بالقربة فصب الماء في إناء المشتري يعود على البائع «أنظر المادة ٤٣» و يعتبر في ذلك العرف «هندية» وإنما قيل «لم تبع جزافاً» لأن ما يباع جزافاً لا يحتاج إلى الكيل أو العد أو الوزن أو الذرع ولذلك فأجرة ذلك لا تلزم البائع كما سيبين ذلك في المادة الآتية.

مصارف الدلالة ـ إذا باع الدلال مالاً بإذن صاحبه تؤخذ أجرة الدلالة من البائع ولا يعود البائع بشيء من ذلك على المشتري لأنه العاقد حقيقة وظاهره انه لا يعتبر العرف هنا لأنه لا وجه له أما إذا كان الدلال مشى بين البائع والمشتري ووفق بينهما ثم باع صاحب المال ماله ينظر فإن كان مجرى العرف والعادة أن تأخذ أجرة الدلال جميعها من البائع أخذت منه أو من المشتري أخذت منه أو من الاثنين أخذت منهما «أنظر المادة ٤٥». أما إذا باع الدلال المال فضولاً لا بأمر صاحبه فالبيع المذكور موقوف حسب المادة ٢٦٨ ويصبح نافذاً إذا أجازه صاحب المال وليس للدلال أجرة في ذلك لأنه عمل من غير أمر فيكون متبرعاً «طحطاوي. در المختار. رد المحتار».

﴿المادة ٢٩٠﴾ الأشياء المبيعة جزافاً مؤونتها ومصارفها على المشتري مثلاً لو بيعت ثمرة كرم جزافاً كانت أجرة قطع الثمرة وجرها على المشتري وكذا لو بيع أنبار حنطة مجازفة فأجرة إخراج الحنطة من الأنبار ونقلها على المشتري.

وكذا إذا بيع البصل أو الثوم أو الجزر المزروع في البستان مجازفة يلزم المشتري نفقة قلعه ولا يكلف البائع ذلك أما إذا كان المبيع جزافاً في مخزن فنفقة فتح بابه يلزم البائع.

﴿المادة ٢٩١﴾ ما يباع محمولاً على الحيوان كالحطب والفحم تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب عرف البلدة وعادتها.

وكذلك الحشيش والتبن والحنطة إذا كان عرف تلك البلدة نقلها إلى دار المشتري يتبع في ذلك عرف البلد يعني إذا كان عرف البلد نقل تلك الأشياء إلى دار المشتري يجبر البائع على نقلها إلى داره .

هذا إذا لم يبين مكان تسليم المبيع فإذا اشترى شخص في الأستانة فحماً أو تبناً محمولاً على جمل أو بغل ولم يبين حين عقد البيع مكان تسليم المبيع يلزم البائع أن ينقل ذلك الفحم إلى دار المشتري لأن العرف في الأستانة جار على ذلك أما إذا عين مكان تسليم المبيع حين العقد فيجري في ذلك حكم المادة ٢٨٧.

﴿المادة ٢٩٢﴾ أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم

المشتري لكن يلزم البائع تقرير البيع والإشهاد عليه في المحكمة.

المقصد من السندوالحجة سندالبيع أو حجته ولا يجبر المشتري البائع على أن يكتب له سند أو حجة بالبيع «أنظر المادة ٨٧» إلا أنه إذا كتب المشتري سند البيع وطلب من البائع أن يقرر البيع بمحضر الشهود وجب على البائع أن يقرر البيع بمحضر الشهود الذي جيء بهم لحضوره وكذلك يجري البائع على تقرير البيع بمحضر نائب المحكمة الذي يرسل إليه لتسجيل البيع فإذا امتنع البائع عن تقرير البيع والاشهاد فالمشتري يراجع الحاكم فإذا أقر البائع بالبيع بحضرة الحاكم يسجل الحاكم البيع وليس للمشتري أن يطالب البائع بالذهاب إلى محضر الشهود كما أنه ليس له أن يطلب منه أن يسلم إليه حجة المبيع القديمة التي في يد البائع فلذلك إذا باع شخص الدار التي اشتراها من شخص لشخص آخر بثمن معلوم وسلمه المبيع وطلب من المشتري الثمن فليس للمشتري أن يمتنع من أن يؤدي إلى البائع الثمن حتى يسلم البائع إليه حجة البيع التي كتبت له حينما اشترى المبيع وسجلت عند القاضي لكن إذا طلب من البائع صورة مصدقة من تلك الحجة يجبر البائع على السماح للمشتري بأخذ تلك الصورة على أن تكون نفقة ذلك على المشتري



الفصل الخامس

في بيان المواد المترتبة على هلاك المبيع

﴿المادة ٢٩٣﴾ المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري.

وكذلك إذا تلف المبيع في يد من سلم إليه المبيع باتفاق الطرفين ليحفظه إلى أداء الثمن فلا يترتب شيء على المشتري بل ينفسخ البيع ويعود الضرر والخسارة على البائع سواء أكان المبيع منقولاً أم عقاراً لأن المبيع ما لم يسلم إلى المشتري فهو في ضمان البائع سواء اتفق الطرفان على أن يعود الخسران في ذلك على المشتري أم لا وسواء أكان البيع باتاً أم مشترطاً فيه الخيار للبائع أو للمشتري فكما أنه إذا تلف المبيع كله قبل قبضه تعود الخسارة على البائع فكذلك لو تلف بعضه تعود الخسارة فيه على البائع كما سيتضح ولا يترتب على البائع ضمان باستهلاكه للمبيع مثلاً إذا باع شخص مالاً له يساوي عشرة دنانير ذهباً بستة وندم على ذلك فاستهلك المال فليس للمشتري أن يضمن البائع عشرة الدنانير قيمة هذا المال لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن وبهلاكه يسقط الثمن فلا يجوز مع ذلك أن يكون مضموناً بقيمته لأنه لا يجتمع ضمان الثمن وضمان القيمة فعلى ذلك إذا كان البائع قبض ثمن المبيع وجب عليه أن يرده إلى المشتري وإذا لم يقبضه فليس له أن يطالب به «أنظر المادة ٩٧».

وتلف المبيع قبل القبض له خمس صور.

(١) أن يكون بآفة سماوية.

(٢) باستهلاك البائع له.

(٣) أن يكون المبيع بهيمة فتهلك نفسها.

بهذه الصور الثلاث المذكورة ينفسخ البيع ويسترد المشتري الثمن من البائع إذا كان قد دفعه إليه «بزازية».

ويتفرع على هذه المادة المسائل الآتية:

(١) إذا تلف المبيع عند من وضع المبيع عنده لحفظه إلى أداء الثمن ينفسخ البيع وتعود الخسارة على البائع لأن هذا الموكل بحفظه إنما يحفظه لأجل البائع فتكون يده كيد البائع «رد المحتار»، «هندية».

مثال ذلك: إذا اشترى شخص مالاً من آخر وقال للبائع قبل قبض هذا المال سلم المال إلى فلان ليحفظه حتى أؤدي الثمن إليك فامتثل البائع وتلف المبيع في يد من سلمه إليه ينفسخ البيع وتعود الخسارة على البائع.

(٢) إذا أراد المشتري قبض المبيع قبل دفع الثمن فأبقاه البائع في يده حتى يدفع المشتري إليه الثمن فدفع المشتري جانباً من الثمن ثم سرق المبيع بعد ذلك من البائع فالبيع ينفسخ ويكون البائع مجبراً على رد ما قبضه من الثمن فضلاً عن أنه لا يجوز له أن يطالب المشتري ببقية الثمن «أنظر شرح المادة ٢٧٥».

(٣) إذا اشترى شخص صابوناً وقبل أن يقبضه خلطه البائع بنوع آخر من الصابون بدون إذن المشتري ولم يبق سبيل إلى تمييز ما اشتراه مما خلط به لأن خلط المبيع على هذا الوجه بمنزلة الإستهلاك له ومبطل للبيع.

(٤) إذا اشترى شخص من آخر بهيمة مريضة وقال للبائع لتبق هذه البهيمة عندك فإذا تلفت فعلي فتلفت فتلفها على البائع.

(٥) إذا اشترى شخص من آخر بقرة مريضة من المرعى وقبل أن يقبضها قال للبائع أوصلها إلى دارك وسأحضر بعدئذ لأخذها فإذا تلفت فعلي فتلفت في يد البائع فتلفها عليه.

(٦) إذا اشترى شخص محلبة لبن فقال للبائع قبل قبضها أوصلها إلى داري فوقعت المحلبة من يد البائع وتلف اللبن فالتلف على البائع لأن القبض لم يقع.

(٧) إذا اشترى شخص من آخر حطباً تحمله دابة وكان في متعارف البلد أن ينقل البائع المبيع إلى دار المشتري فذهب البائع بالمبيع ليوصله إلى دار المشتري فاغتصب منه أثناء ذهابه فالخسار على البائع لأنه بحسب المادة ٢٩١ يلزم البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري في بيته جرياً على العرف.

(٨) إذا تلف أحد البدلين قبل التسليم في بيع المقايضة ينفسخ البيع فإذا كان البدل الآخر في يد القابض يجب رده عيناً وإذا استهلك يجب رده بدلاً «أنظر المادة ٩٧».

الصورة الرابعة: أن يكون تلف المبيع بإتلاف المشتري فإن كان قبل القبض فلا ينفسخ البيع ويلزم المشتري أن يؤدي الثمن المسمى سواء أكان البيع باتاً أو كان المشتري مخيراً فيه لأن المشتري في هذه الصورة يعد قابضاً للمبيع كما سبق تفصيله في شرح المادة ٢٧٥ يا إذا أتلف المشتري المبيع بيعاً فاسداً قبل أو المشتري فيه الخيار للمشتري فيضمنه بحسب الفقرة الثانية من المادة ٨٩١ «أنظر المادتين ٣٠٨ و ٣٧١» متناً وشرحاً.

الخامسة: أن يكون تلفه بيد أجنبي وهو في يد البائع فيكون المشتري مخيراً له أن يفسخ البيع فيعود المبيع إلى ملك البائع ويكون حق التضمين للبائع وله أن يقبل البيع فيكون له حق تضمين المتلف قيمة المبيع في زمان الإتلاف ومكانه إذا كان المبيع قيمياً ومثله إذا كان مثلياً «أنظر المادة

٩١٢» فعلى هذا إذا وهب البائع المبيع أو أعاره شخصاً آخر قبل تسليمه إلى المشتري فتلف في يد ذلك الشخص أو أودعه شخصاً آخر فاستعمله المستودع فتلف في يده فالمشتري مخير بين إبقاء البيع وتضمين ذلك الشخص للمبيع من غير أن يكون للشخص أن يرجع على البائع - وفسخ البيع.

وكذلك إذا باع البائع ما باعه بيعاً ثانياً من شخص آخر قبل تسليمه إلى البائع الأول وسلمه إلى المشتري الثاني وتلف المبيع في يد ذلك الشخص فالمشتري الأول مخير فيبقي البيع إذا أراد ويضمن المبيع للمشتري الثاني ويسترجع المشتري الثاني ما دفعه إلى البائع وإذا كان المال الذي دفعه إلى البائع موجوداً أخذه عيناً.

وسنذكر المسائل في تلف بعض المبيع في يد البائع.

إن تلف بعض المبيع يكون على خمسة أنحاء:

(١) تلف بعض المبيع بآفة سماوية فإن كان ذلك وهو في يد البائع فالنقصان الذي يعرض للمبيع إن كان نقصان قدر تسقط حصته من الثمن «بزازية» ويكون المشتري حينئذ مخيراً فله أن يفسخ البيع وله أن يأخذ المقدار الباقي من المبيع بحصته من الثمن «خلاصة» ويسمى هذا الخيار خيار تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل التسليم «بحر».

مثال ذلك: إذا باع شخص من آخر خمسين كيلة حنطة بثمن معلوم وقبض الثمن الا أنه قبل تسليم الحنطة تلف منها عشر كيلات فالمشتري مخير بين أن يقبض يده عن المبيع ويسترد الثمن من البائع وبين أن يقبل الأربعين كيلة الباقية بحصتها من الثمن لأن هلاك المعقود عليه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدر ذلك «واقعات المفتين. كفوي». وكذلك إذا هلك مقدار من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المبيعة فالبيع ينفسخ في المقدار الهالك ويكون المشتري في الباقي مخيراً فله أخذه بحصته من الثمن وتركه لأن كل جزء من المعقود عليه يقابله جزء من الثمن «واقعات» إذا اشترى شخص دابتين من اخر فقبض أحدهما ثم تلفا واختلف في قيمتها فالقول للمشتري أما إذا كان النقصان الذي عرض للمبيع نقصان وصف فلا يسقط شيء من الثمن به لكن يكون المشتري مخيراً بين أن يترك المبيع وأن يأخذه بجميع الثمن المسمى «أنظر المادة ٢٣٤» والوصف ما يدخل في البيع بغير ذكر كالأشجار والبناء في الأرض والأطراف في الحيوان والجودة في الكيل والوزن «خلاصة» مثال ذلك إذا باع شخص طاحوناً من آخر وقبض منه الثمن وقبل أن يسلم المبيع له جاء سيل جارف فهدم الطاحون فللمشتري أن يقصر يده عن الطاحون ويسترد الثمن الذي دفعه.

(٢) ان يتلف بعض المبيع بفعل البائع فإن كان ذلك قبل القبض تسقط حصته من الثمن سواء أكان النقصان العارض في المبيع بهلاك البعض نقصان وصف أم نقصان قدر فعلى أي حال البائع مخير فله ترك المبيع وله قبول الباقي منه بحصته من الثمن وليس للمشتري تضمين البائع ما استهلكه.

(٣) أن يتلف بعض المبيع بفعل أجنبي فإن كان ذلك والمبيع في يد البائع فالمشتري مخير فله

أن يفسخ البيع وله أن يقبل الباقي بحصته من الثمن وأن يقبله كله ويضمن ما تلف للأجنبي فإذا اشترى المشتري كذا أقة أرز فقبض بعضها ولم يقبض البعض الآخر ثم ارتفعت أسعارالأرز فباع البائع ما بقي من المبيع من آخر بثمن أغلى واستهلك الآخر ما اشتراه فالمشتري مخير فله أن يضمن مثل الأرز للآخر وحينئذ ينفذ البيع الأول ويبطل الثاني وله أن يسترد من البائع ما دفعه إليه من الثمن فعلى هذا التقدير ينفسخ البيع الأول وينفذ الثاني وليس للمشتري أن يضمن البائع مثل الأرز لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن فلا يتوجه ضمان غيره كما وضح سابقاً (خيرية).

(٤) أن يتلف بعض المبيع بفعل المشتري فإن كان ذلك والمبيع في يد البائع كان قابضاً لما أتلفه بإتلافه وقابضاً باقي المبيع بتعييبه له فإذا تلف باقي المبيع في يد البائع فإن كان بعد حبس البائع له لاستيفاء الثمن فالخسارة على المشتري وإن كان بعد الحبس فالخسارة على البائع ولا يضمن المشتري سوى ما أتلفه من المبيع (أنظر المادة ٢٧٥).

(٥) أن يتلف بعض المبيع بفعل نفسه كما إذا كان دابة فحكم ذلك كحكم التلف بآفة سماوية.

﴿المادة ٢٩٤﴾ إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع.

أي إذا تلف كل المبيع أو بعضه في يد المشتري أو وكيله بفعل نفسه أو تعدي المشتري أو غيره فإن كان قبل دفع المشتري الثمن المعجل أصبح مجبراً على أدائه وكذلك إذا اشترى شخص من آخر مالاً فأرسل رسولاً لقبضه من البائع فقبضه الرسول وتلف في يده فالخسارة على المشتري لأن الرسول قبض بأمره وكذلك إذا قال شخص لآخر زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وسلمها إلى أجيرك أو أجيري فبعد أن سلم البائع ذلك إلى الأجير تلف في يده فالتلف على المشتري لأن أجير البائع أو أجير المشتري كان وكيلاً له في قبض المبيع أما إذا قال المشتري للبائع زن لي من هذا السمن عشرة أرطال وارسله إلى داري مع أجيرك أو مع أجيري فوزن البائع السمن ودفعه إلى أجيره أو أجير المشتري فكسر إناء السمن وتلف السمن عادت الخسارة فيه على البائع لعدم وجود القبض (رد المحتار).

والفرق في المثالين أنه استعمل في الأول لفظة (تسليم) فيعتبر ذلك وكالة من المشتري بقبض المبيع واستعمل في الثاني لفظة (الإرسال) فلا يعتبر ذلك وكالة من المشتري للأجير بقبض الثمن (معرب) وكذلك إذا اشترى شخص مالاً ولم يكن فيه للبائع أو للمشتري خيار شرط وقبض المشتري المبيع بإذن البائع أو بدون إذنه ثم أودعه المشتري البائع بعد القبض فتلفت في يد البائع تعود خسارته على المشتري سواء أكان الثمن معجلاً أم مؤجلاً وسواء أكان للمشتري خيار رؤية أم خيار عيب أما إذا قبض المشتري المبيع الذي له فيه خيار شرط فأودعه بائعه مدة الخيار أو بعدها فالبيع ينفسخ عند الإمام أما عند الإمامين فلا ينفسخ ويلزم المشتري أداء ثمن المبيع أما إذا كان

خيار الشرط للبائع فأودعه المشتري المبيع بعد القبض وفي مدة الخيار وتلف في يده فالبيع باطل بالإجماع سواء أكان التلف أثناء مدة الخيار أو بعدها (هندية).

ويفهم من إطلاق لفظ (المبيع) أنه إذا تلف بعض المبيع بعد القبض أيضاً تعود خسارته على المشتري كما تعود خسارته عليه بعد قبض جميعه الا أنه إذا كان التلف بفعل البائع بعد القبض ينظر فإن كان للبائع حق استرداد ينفسخ البيع في المقدار الذي استهلكه ويسقط عن المشتري حصته من الثمن مثال ذلك إذا قبض المشتري المبيع الذي اشتراه بثمن معجل قبل أداء الثمن بدون إذن البائع فأتلفه البائع في يد المشتري فالبائع بهذا الإتلاف يكون قد استرد المبيع فينفسخ البيع ويسقط الثمن أما إذا لم يكن للبائع حق الاسترداد فيكون استهلاكه في حكم استهلاك الأجنبي فيضمن قيمة ما استهلكه أو مثله ولا يطرأ على البيع خلل في ذلك وعلى أية حال يكون ما لم يتلف من المبيع مالاً للمشتري فإذا تلف بعد ذلك فمن مال المشتري وإذا كان هلاك باقي المبيع بجانية البائع ففيه التفصيلات السابقة يعني إذا كان للبائع حق الإسترداد يكون قد استرد المبيع ويسقط الثمن عن المشتري.

- لاحقة -

في الإختلاف في تلف المبيع قبل القبض أو بعده.

(١) مسألة: إذا تلف المبيع فادعى المشتري تلفه قبل القبض وادعى البائع تلفه بعده فالقول للمشتري لأنه منكر لضمان الثمن ومدع ببراءة ذمته (أنظر المادة ٨) وتقبل البينة من أي أقامها منهما فإذا أقام كل منهما البينة ترجح بينة الذي يدعي الهلاك في زمن أسبق فإذا لم يبين الزمن ترجح بينة البائع لأنها ملزمة للثمن.

(٢) مسألة: إذا ادعى البائع أن المشتري استهلك المبيع بعد أن قبضه وقال المشتري أنه قبض المبيع ولكن البائع استهلكه فالقول للبائع وتقبل البينه من أيهما فإذا أقام الإثنان البينة رجحت بينة المشتري.

﴿المادة ٢٩٥﴾ إذا قبض المشتري المبيع ثم مات مفلساً قبل أداء الثمن فليس للبائع استرداد المبيع بل يكون مثل الغرماء.

وكذلك ليس له أن يطالب ببدله فيما إذا تلف أو باعه من آخر وكل هذا فيما إذا كان الثمن مؤجلاً وبعبارة أخرى يباع المبيع ويقسم بدله مع سائر أمواله على غرمائه حسب ديونهم لأن البائع بتسليمه المبيع إلى المشتري قد أبطل حق حبسه للمبيع (أنظر المادة ٢٨١). (شرح المجمع) خلافاً للشافعي وله أن الثمن أحد البدلين في البيع فإذا تعذر تسليمه ثبت حق البائع في المبيع كما إذا لم يقبضه المشتري ومات مفلساً «شرح المجمع» والمراد من المفلس هنا الذي ليس له مال يسد جميع ديونه سواء أحكم الحاكم بإفلاسه قبلاً أم لم يحكم «رد المحتار».

توضيح القيود: - قيل «بإذن البائع» وذلك لأن المشتري إذا قبض المبيع بغير إذن البائع ولم يجز البائع هذا القبض ولم يسقط حق حبس المبيع ثم مات المشتري مفلساً فيما أن هذا القبض حسب المادة ٢٧٧ ليس معتبراً فللبائع أن يسترد المبيع ويحبسه لاستيفاء الثمن.

وقيل (إذا كان الثمن مؤجلا) لأنه إذا كان معجلاً فالبائع أحق بالمبيع من غيره بالإجماع (عبد الحليم) والقسمة بين الغرماء وإعطاء كل غريم حصته من تركة المدين بنسبة دينه بأن يضرب دين كل غريم على حدة في مجموع التركة ثم يقسم حاصل الضرب على مجموع الديون فحاصل القسمة يكون حصة الغرماء مثال ذلك أن تكون تركة المدين بعد تجهيزه تسعة دنانير ويكون المدين مديناً لزيد بعشرة دنانير ولعمرو بخمسة فلما كان مجموع الدين خمسة عشر ديناراً يضرب دين زيد العشرة دنانير في مجموع التركة وهي التسعة الدنانير ويقسم حاصل الضرب وهو التسعون على مجموع الدين وهو الخمسة عشر فحاصل القسمة وهو ستة يكون حصة زيد من التركة المذكورة وكذلك إذا ضربت حصة عمرو الخمسة الدنانير في التسعة التي هي مجموع التركة وقسم حاصل الضرب على الخمسة فالثلاثة التي تكون خارج القسمة حصة عمرو من التركة المذكورة.

﴿المادة ٢٩٦﴾ إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع وأداء الثمن كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركة المشتري وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيوفي حق البائع بتمامه وإن بيع بأنقص من الثمن الأصلي أخذ البائع الثمن الذي بيع به ويكون في الباقي كالغرماء وإن بيع بأزيد أخذ البائع الثمن الأصلي فقط وما زاد يعطى إلى الغرماء.

يحبس البائع المبيع حتى يستوفي ثمنه جميعه وليس لسائر الغرماء أن يدخلوا في المبيع وهذا باتفاق أئمة الحنفية والشافعية لأن المبيع محبوس لاستيفاء الثمن وكما أن للبائع حق حبس المبيع لذلك في حياة المشتري فله ذلك بعد وفاته وكما أن المرتهن أحق من سائر الغرماء فكذلك البائع، وليس للبائع أن يأخذ المبيع على أنه ملك له لأنه ملك المشتري حسب المادة ٢٩٢ وينتقل إلى ورثته بعد وفاته ويتعلق به حق الغرماء (الدر المختار).

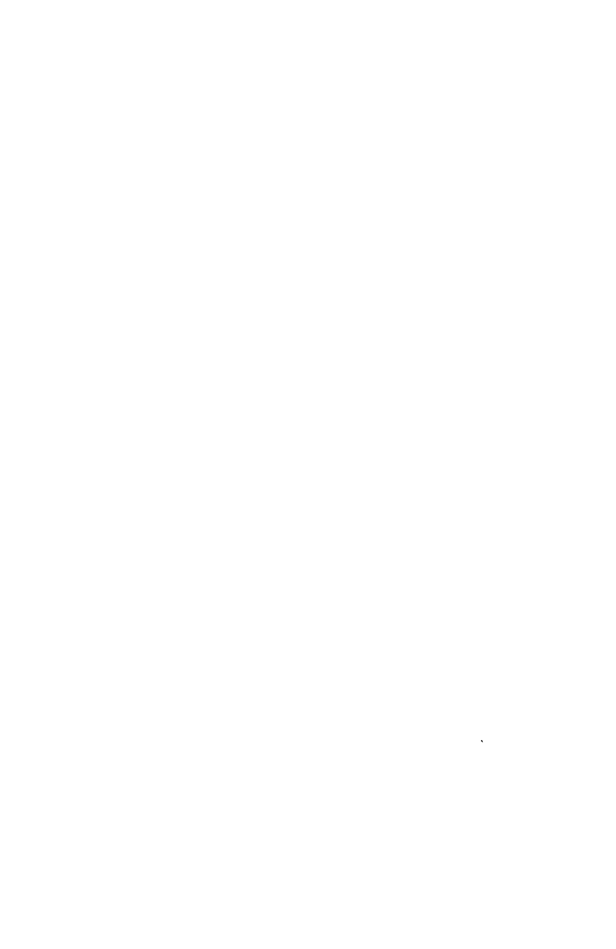
وإنما قيل (يبيع الحاكم المبيع) لأن الورثة لا يملكون التركة المستغرقة بالديون فليس لهم أن يتصرفوا فيها بالبيع والهبة وصار بيع التركة من وظائف القاضي وإذا باع الورثة التركة فللغرماء نقض البيع (خيرية) أما إذا باع القاضي التركة ببدل المثل فليس للغرماء نقض البيع.

والمقصود من «بدل المثل» قيمته الحقيقية فعليه لا يجوز للقاضي أن يبيع التركة بغبن فاحش «نور العين».

﴿المادة ٢٩٧﴾ إذا قبض البائع الثمن ومات مفلساً قبل تسليم المبيع إلى

المشتري كان المبيع أمانة في يد البائع وفي هذه الصورة يأخذ المشتري المبيع ولا يزاحمه سائر الغرماء.

يعني لا يدخل المبيع فيما يقسم بين الغرماء لأنه لا حق للغرماء فيه لكونه ليس معدوداً من التركة (رد المحتار) أما إذا تلف المبيع قبل قبض المشتري له فيجري فيه حكم المادة ٢٩٣ لأنه في هذه الحال ليس للبائع حبس المبيع وهو في قيد الحياة وعليه تسليمه إلى المشتري بطلبه فيكون للمشتري حق أخذه بعد موته.



الفصل السَّادس

فيما يتعلق بسوم الشراء وسوم النظر

«السوم» بوزن النوم يضاف إلى البائع فيقال (سوم البائع) وهو تعيين الثمن لمتاع معروض للبيع وكذلك يضاف إلى المشتري فيقال (سوم المشتري) وهو بمعنى عرض المشتري ثمناً آخر.

خلاصة الفصل:

أولاً ـ إذا سمي الثمن فالمال الذي يقبضه المشتري ويأخذه يكون في ضمانه.
ثانياً ـ إذا لم يسم الثمن يكون أمانة في يد المشتري.
سوم النظر: المال الذي يقبض لينظر إليه ويرى أمانة.

﴿المادة ٢٩٨﴾ ما قبضه المشتري على سوم الشراء وهو أن يأخذ المشتري من البائع مالاً على أن يشتريه مع تسمية الثمن فهلك أو ضاع في يده فإن كان من القيميات لزمت عليه قيمته وإن كان من المثليات لزم عليه أداء مثله للبائع وأما إذا أخذه بدون أن يبين ويسمي له ثمناً كان ذلك المال أمانة في يد المشتري فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعد مثلاً لو قال البائع للمشتري ثمن هذه الدابة ألف قرش إذهب بها فإن أعجبتك اشترها فأخذها المشتري على هذه الصورة ليشتريها فهلكت الدابة في يده لزم عليه أداء قيمتها للبائع وأما إذا لم يبين الثمن بل قال البائع للمشتري خذها فإن أعجبتك فاشترها وأخذها المشتري على أنه إذا أعجبته يقاوله على الثمن ويشتريها فبهذه الصورة إذا هلكت في يد المشتري بلا تعد لا يضمن.

سواء أكانت تسمية الثمن حقيقة أم حكمية وسواء أكان المال الذي سلم إلى المساوم الطالب الشراء عين المال المساوم عليه أم كان مالاً آخر سلم إلى المساوم على ظن أنه المال المساوم به وكما أنه يجب الضمان فيما إذا تلف المال في يد المساوم كذلك يجب الضمان على ورثته فيما إذا استهلكوه بعد وفاة مورثهم ويجب الضمان في ذلك لو اشترط عدمه ولو كان المساوم وكيلاً بالشراء ويضمن أولئك

قيمة المال المساوم به إذا كان قيمياً ولو تجاوزت القيمة الثمن المسمى ويضمنون مثله إذا كان مثلياً أما إذا استهلك الشخص الذي استلم المبيع ما استلمه مساومة أو أتلفه في حياة البائع وقبل رجوعه فعليه أداء الثمن المسمى لأن استهلاكه لذلك المال يدل على قبوله البيع (رد المحتار) والفرق بين استهلاك المشتري والوارث أن العاقد هو المشتري فإذا استهلكه كان راضياً بإمضاء عقد الشراء بالثمن المذكور بخلاف ما استهلكه وارثه لأن الوارث غير العاقد بل العقد انفسخ بموته وبقي أمانة في يد الوارث فيلزمه القيمة دون الثمن.

وتسمية الثمن حقيقة أن يقول البائع للمشتري أن ثمن هذه الدابة ألف قرش فخذها إذا رغبت فيها فيأخذها المشتري قائلاً سأشتريها إذا أعجبتني.

وتسمية الثمن حكماً كأن يسمي أحد المتساومين الثمن ويظهر من الطرف الآخر ما يدل على رضاه بالثمن (رد المحتار).

مثال ذلك: أن يقول البائع أن ثمن هذه الدابة ألف قرش فإذا أعجبتك فاشترها فتسلم ويسلم البائع إلى المشتري تلك الدابة على وجه الشراء استناداً على كلامه المذكور بدون أن يصرح المشتري بالقبول إذا أعجبه أو أن يقول المشتري سآخذ هذه الدابة فإن أعجبتني اشتريتها بألف قرش فلم يأخذ البائع شيئاً صراحة إلا أنه سلم الدابة إلى المشتري (رد المحتار) فلذلك إذا أخذ شخص مالاً على جهة سوم الشراء فقال البائع للمشتري إن ثمن هذا المال عشرون قرشاً فقال المشتري كلا بل آخذه بعشرة قروش فأخذ المشتري ذلك المال قبل أن يقبل البائع بيعه بعشرة قروش ثم استهلكه فيلزم المشتري أن يدفع العشرين قرشاً بناء على العرف لكن القياس يوجب ضمان القيمة (هندية) وإذا رجع البائع قبل قبول المشتري البيع أو مات أحد الفريقين قبل أن يقبل المشتري في المال الذي قبض على سوم الشراء يفسخ البيع «أنظر المادة ١٨٣» حتى إذا استهلك المال أو ورثته بعد وفاته وجب عليهم دفع بدله ولا يعتبر استهلاك هذا المال إجازة للبيع وكذلك إذا سلم شخص إلى آخر مالاً لم يبعه منه على ظن أنه هو الذي باعه منه فتلف المال في يد المشتري فالمشتري يضمن قيمة ذلك المال لأنه قبضه على وجه البيع «طحطاوي».

وكذلك إذا أخذ المشتري المال على سوم الشراء مع تسمية الثمن ثم قال سأنظر إلى المال أو أريه غيري فلا يسقط بهذا الكلام الأخير الضمان الذي يلزم (بزازية) وإذا اشترط طالب الشراء أي المساوم أو البائع حين القبض ألا يلزم المشتري ضمان فيما إذا تلف المبيع فلا يعتبر ذلك الشرط ويكون المشترى ضامناً «رد المحتار. مؤيد زاده» (أنظر شرح المادة ٨٣) وكذلك إذا كان المساوم وكيلاً بالشراء فأرى موكله المال فلم يقبل به ورده إلى الوكيل فتلف المال في يده توجه الضمان عليه فإذا كان الموكل أمره بالمساومة رجع عليه الوكيل وإلا فلا لأن الأمر المطلق بالشراء لا يتناول الأمر بالأخذ على سوم الشراء أما إذا لم يسم الثمن أو سماه إلا أن المساوم لم يأخذ المال للشراء بل ليراه أو يريه غيره فالمساوم به يكون في حكم الأمانة فإذا تلف بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم ضمان (أنظر المادة ٧٦٨) والحاصل أنه إذا سمي أحد المتعاقدين الثمن في سوم الشراء وقبل الآخر صراحة أو دلالة ثم

تلف المبيع وجب الضمان على المشتري أما إذا لم يسم المتعاقدان الثمن أصلاً أو يسم البائع فلم يرض المشتري بذلك وأخذه على سوم النظر برضا البائع ثم تلف المبيع فلا يلزم الضمان وجاء في (رد المحتار) قال له هذا الثوب لك بعشرة دراهم فقال هاته أنظر إليه أو أريه غيري فأخذه على هذا وضاع لا شيء عليه وعلى هذا إذا قال البائع هذا المال بعشرين قرشاً فقال المشتري أخذته بعشرة ثم تلف المال في يده فعليه أن يؤدي قيمة ذلك المال تماماً (بزازية).

وكذلك إذا أخذ شخص كأساً من حانوت الزجاج بدون تسمية على أن ينظر إليه أو يريه غيره فيشتريه إذا أعجبه فوقعت الكأس من يده وكسرت كئوساً أخرى فلا يلزم ضمان تلك الكأس لأنه أخذها على سوم النظر باذن البائع من غير تسمية للثمن إلّا أنه يضمن الكئوس الأخرى سواء أذكر ثمن الكأس أم لا (أنظر المادة ٩٢٥) وأما إذا أخذ ذلك الشخص الكأس بغير اذن صاحب الحانوت فيضمن وإن لم يبين الثمن كما لو بين كأن يسأل الشخص صاحب الحانوت عن ثمن الكأس فيقول صاحب الحانوت بعشرة قروش فيقول الشخص ساخذه وأرفعه فيقول صاحب الحانوت خذه وارفعه فيأخذه فبحسب هذه المادة يكون ضامناً للكأس وللكئوس الأخرى (أنظر المادة ٧٧١) كذلك إذا سلم شخص ماله إلى الدلال ليبيعه فترك الدلال ذلك لشخص يريد شراءه فضاع ينظر فإذا سمى الثمن يضمن الشخص قيمته وإذا لم يسم لم يضمن إذا كان الدلال مأذوناً بتسليم المال إلى الطالب على سوم الشراء فلا شيء على الدلال (أنظر المادتين ٩١ و١٤٦٤) وإذا لم يكن مأذوناً يضمن (فتاوى ابن نجيم) «هندية».

في تعدد الأموال التي تؤخذ على سوم الشراء:

إذا أخذ شخص ثلاثة أمتعة على سوم الشراء ليشتري واحداً منها وسمى الثمن فهلكت جميعها جملة أو على التعاقب ولم يدر أيها تلف أولاً وأيها تلف ثانياً ضمن الشخص ثلث بدل الأمتعة الثلاثة لأن واحداً منها مقبوض على وجه السوم (بزازية) مثال ذلك أن يأخذ شخص من آخر ثلاثة أثواب على أن ثمن أحدها ثلاثون ديناراً والثاني عشرون والثالث عشرة فتتلف الأثواب الثلاثة جملة أو على التعاقب ولم يعلم أيها تلف قبل سائرها فيضمن الشخص عشرين ديناراً ثلث الستين التي هي مجموع أثمان الأثواب الثلاثة وأما إذا علم أيها تلف قبل الباقي فيضمن المساوم الذي تلف أولاً ويكون الباقي أمانة وإذا تلف ثوبان ولم يعلم أيهما تلف اولاً فيضمن نصف بدلهما والثالث أمانة يرد إلى صاحبه وإذا طرأ نقصان على قيمة ما هو أمانة بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن المساوم شيئاً (رد المحتار).

﴿المادة ٢٩٩﴾ ما يقبض على سوم النظر وهو أن يقبض مالاً لينظر إليه أو ليريه لآخر سواء أبين ثمنه أم لا فيكون ذلك المال أمانة في يد القابض فلا يضمن إذا هلك أو ضاع بلا تعد.

(أشباه. رد المحتار) (أنظر شرح المادة السابقة والمادة ٧٧٨) لأن المشتري قد أخذ ذلك على وجه الأمانة لا على وجه السوم أي سوم الشراء أما إذا استهلك القابض ذلك المال فيضمن بدله (رد المحتار) «أنظر شرح المادة ٩١٢» ولذلك إذا نظر شخص إلى الخل الذي يريد شراءه فرعف وسال الدم من أنفه في زق الخل فقذر الخل فان كان نظره بأمر صاحب الخل فلا يضمن (الخانية).

الباب السادس

«في بيان الخيارات ويشتمل على سبعة فصول»

الخيارات جمع خيار وقد سبق تعريفه في المادة ١١٦ وتقسم خمسة تقاسيم التقسيم الأول باعتبار النوع وتحته:

(١) خيار الشرط (٢) خيار وصف المبيع (٣) خيار النقد (٤) خيار التعيين (٥) خيار الرؤية (٦) خيار العيب (٧) خيار الغبن والتغرير وهذه الخيارات السبعة قد ذكرت في المجلة وبينت أحكامها (٨) خيار وصف الثمن. «أنظر شرح المادة ١٨٧». (٩) خيار القبول. «أنظر شرح المادة ١٨١». (١٠) خيار العيب في الثمن «أنظر شرح المادة ٢٤٣» (١١) خيار كشف الحال. «أنظر شرح المادتين ٢١٧ و٢١٨». (١٢) خيار تكشف الحال. «أنظر شرح المادة ٢٣٨» (١٣) خيار تفرق الصفقة بظهور المبيع ناقصاً «أنظر شرح المادة ٢٢٣» (١٤) خيار تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل القبض «أنظر شرح المادة ٢٩٣» (١٥) خيار الكمية «أنظر شرح المادة ٢٣٩» (١٦) خيار الاستحقاق «أنظر شرح المادة ٣٥١» (١٧) خيار الخيانة. «أنظر شرح المادة ٣٦٠». (١٨) خيار إجازة عقد الفضولي «أنظر شرح المادة ٣٧٨» (١٩) خيار ظهور المبيع مستأجراً «أنظر شرح المادة ٥٩٠» (٢٠) خيار التغرير الفعلي يعني إذا ثبت أن البائع غرر بالمشتري فعلاً فالمشتري مخيرٌ عند بعض الحنفية.

مثال ذلك: إذا ربط البائع ضرع بقرته ولم يحلب لبنها حتى تجمع ليغر به المشتري فيظن أن البقرة كثيرة اللبن فاغتر المشتري فاشترى البقرة ظاناً أنها كثيرة اللبن فالبائع قد غر المشتري في هذه الصورة فعلاً فعند أبي يوسف والشافعي ومالك يكون المشتري مخيراً فعلى قول أبي يوسف يرد البقرة وقيمة اللبن الذي احتلبه من البقرة وعلى قول مالك والشافعي يرد البقرة فقط وصاع تمر عوضاً عن اللبن أما أبو حنيفة فلا يرى له رد البقرة بل يمسكها ويرجع بنقصان الثمن.

(٢١) خيار ظهور المبيع مرهوناً. «أنظر المادة ٧٤٧».(٢٢) خيار عيب الشركة وهو كما لو باع فضولي كل المال المشترك مشاعاً بين اثنين فأجاز أحد الشركاء وفسخ الآخر فالبيع نافذ في حصة المجيز ومنفسخ في حصة الفاسخ فالمشتري مخير في هذه الصورة فإن شاء أخذ حصة المجيز بحصتها من الثمن وإن شاء ترك تلك ويسمى هذا الخيار خيار عيب الشركة «رد المحتار. بزازية».

– التقسيم الثاني –

باعتبار ثبوت الخيار للمتعاقدين وتحته ثلاثة أنواع الأول الخيار الذي يثبت للمتعاقدين كليهما

وهو: «١» خير الشرط «٢» خيار النقد «٣» خيار التعيين «٤» خيار الغبن والتغرير «٥» خيار القبول «٦» خيار إجازة عقد الفضولي.

الثاني: الخيار الذي يثبت للمشتري فقط وهو: «١» خيار وصف المبيع «٢» خيار الرؤية «٣» خيار العيب «٤» خيار كشف الحال «٥» خيار تكشف الحال «٦» خيار تفرق الصفقة بظهور المبيع ناقصاً «٧» خيار تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل القبض «٨» خيار الاستحقاق «٩» خيار الخيانة «١٠» خيار ظهور المبيع مستأجراً (١١) خيار ظهور المبيع مرهوناً.

الثالث الخيار الذي يثبت للبائع فقط وهو خيار الكمية «٢» خيار وصف الثمن «٣» خيار العيب في الثمن.

- التقسيم الثالث -

باعتبار التوقف على الاتفاق وعدمه فيكون نوعين الأول المتوقف على الاتفاق وهو (١) خيار الشرط (٢) خيار وصف المبيع «٣» خيار وصف الثمن «٤» خيار التعيين.

الثاني: الذي لا يتوقف على الاتفاق وهو (١) خيار الرؤية (٢) خيار العيب (خيار الغبن والتغرير) (٤) خيار القبول (٥) خيار كشف الحال (٦) خيار تكشف الحال (٧) خيار تفرق الصفقة بظهور المبيع ناقصاً (٨) خيار تفرق الصفقة بهلاك بعض المبيع قبل القبض (٩) خيار الكمية (١٠) خيار الاستحقاق (١١) خيار الخيانة «١٢» خيار ظهور المبيع مستأجراً «١٣» خيار ظهور المبيع مرهوناً «١٤» خيار إجازة عقد الفضولي.

- التقسيم الرابع -

باعتبار كونه موروثاً وعدمه فيكون نوعين الأول: يورث وهو «١» خيار الوصف «٢» خيار التعيين «٣» خيار العيب.

الثاني: مالا يورث وهو «١» خيار الشرط «٢» خيار الرؤية «٣» خيار الغبن والتغرير.

- التقسيم الخامس -

باعتبار الأجل وهو على نوعين: الأول: ما له أجل وهو «١» خيار الشرط «٢» خيار النقد

الثاني: ما لا أجل له وهو «١» خيار الوصف «٢» خيار الرؤية «٣» خيار الغبن والتغرير هذا وتقسيم الخيارات على هذا الوجه هو من خواص هذا الكتاب.

الفصل الأول

في بيان خيار الشرط

إن إضافة (خيار) إلى «الشرط» من إضافة السبب إلى المسبب لأن سبب هذا الخيار هو الشرط وهو أن يكون صاحب الخيار أي الذي اشترطه له الخيار في أصل العقد مخيراً في قبول العقد ورده ويمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد الصلة يعني مع أن حكم البيع إخراج المبيع من ملك البائع وإدخاله في ملك المشتري يمنع الخيار خروج المبيع من ملك البائع.

والعلة نوعان، الأول: العلة العقلية وهي ما لا يجوز تأخير الحكم وتراخيه عنها كالسواد مع الاسوداد فإذا وجدت العلة العقلية وجب الحكم بمعلولها كالصبغ مثلاً فانه علة للاصطباغ فإذا وجد الصبغ وجد الاصطباغ بدون تراخ ولا يكون حصول الصبغ في زمن والاصطباغ في زمن آخر.

النوع الثاني: العلة الشرعية كعلة البيع في الملك والحكم في هذه العلة وإن لم يجز تخلفه عن العلة إلّا أنه يجوز تراخيه وتراخي الحكم ينشأ عن موانع وهي أنواع:

١ - ما يمنع انعقاد العلة كإضافة البيع إلى الحر من بني آدم فالبيع هذا لا ينعقد لأن الحر ليس محلاً للبيع ولا ينعقد البيع إلّا فيما كان محلاً للبيع.

٢ - ما يمنع تمام العلة كإضافة البيع إلى مال الغير فإذا كان المبيع للغير فلا يكون البيع فيه نافذاً بل موقوفاً.

٣ - ما يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة كخيار الشرط فانه يمنع ثبوت الحكم أي يمنع خروج المبيع من ملك البائع «فتح القدير».

٤ - ما يمنع تمام الحكم بعد ثبوته كخيار الرؤية.

٥ - ما يمنع لزوم الحكم كخيار العيب (مجمع الأنهر).

وخيار الشرط ليس خاصاً بالبيع بل يجري في الإقالة والقسمة وتسليم الشفعة بعد الطلبين والمزارعة والمساقاة والإجارة والصلح عن مال أي يجري في كل العقود اللازمة التي تقبل الفسخ وكذلك يجوز شرط الخيار في الرهن للراهن وفي الكفالة النفسية والمالية للكفيل وفي الحوالة للمحال له والمحال عليه أما في الصلح عن قتل العمد الذي يلزم فيه القصاص فلا يجري فيه خيار الشرط لأنه يحتمل الفسخ وكذلك الإبراء والوكالة والوصية والهبة والإقرار والعارية والوديعة والنكاح والطلاق واليمين والنذر والمرتهن في الرهن فخيار الشرط في كل ذلك غير صحيح أي أن الخيار المشروط في ذلك لا حكم له فالإبراء والوكالة والإقرار كل ذلك يصح بلا خيار وكذلك لا يصح خيار الشرط في بيع الصرف والسلم وعلى ذلك إذا أبرأ الدائن مدينه على أن يكون له الخيار في ذلك كذا يوماً

فالإبراء صحيح والشرط باطل وكذلك في الإقرار بشرط الخيار إذا صدق المقر له فلا يكون لهذا الإقرار لأن الإقرار إخبار يقبل الخيار.

استثناء: إذا أقر المقر عقد الإقرار الذي فيه خيار رجع الإقرار إلى البيع وكان الإقرار صحيحاً (أنظر المادة ٦٠) أما إذا لم يصدق المقر له الخيار في البيع فالمقر مكلف بإثبات الخيار (بحر. رد المحتار. الدر المنتقى)

﴿المادة ٣٠٠﴾ يجوز أن يشرط الخيار بفسخ البيع أو إجازته مدة معلومة لكل من البائع والمشتري أو لأحدهما دون الآخر.

وكما يجوز شرط الخيار للبائع أو للمشتري أو لكليهما يجوز شرطه لأجنبي ويجوز خيار الشرط في البيع سواء كان صحيحاً أم فاسداً قبض فيه المبيع وسواء كان البائع أصيلاً أم وكيلاً أم وصياً أو كانت مدة الخيار يوماً أم يومين أو ثلاثة أم أكثر وبعبارة أخرى إن مدة الخيار التي يتفق عليها معتبرة مهما بلغت من الأيام.

وقد أطلقت المجلة المدة إشارة إلى ذلك لكن عند الإمام لا يجوز أن تزيد مدة الخيار عن ثلاثة أيام فإذا اشترط زيادة عن ذلك فسد البيع وعند مالك والصاحبين يجوز أن تكون مدة الخيار كما يتفق عليها كالأجل في البيع بالثمن المؤجل ويرى أن المجلة قد اختارت قول الإمامين لكن في بيع ما يسرع إليه الفساد إذا شرطت مدة لا يبقى معها المبيع على حاله يؤمر المشتري فأما أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى البائع وأما أن يقبض المبيع حتى لا يتلف (أنظر المادة ٣١) فعلى ذلك إذا قبض المشتري المبيع فما لم يجز البيع ويتلف المبيع في يد المشتري فلا يلزم المشتري أداء الثمن المسمى في مدة الخيار. مثال ذلك إذا شرط المشتري الخيار شهراً في اللحم الذي شراه فيجري ذلك على القاعدة السابقة.

وخيار الشرط ثابت بالسنة والدليل العقلي أما السنة فإن حبان بن منقذ شكى إلى النبي ﷺ الضرر في البيع فقال له النبي ﷺ (قل لا خلابة وإذا بعت بيعاً فأنت بالخيار) والخلابة الخديعة وأما الدليل العقلي فهو أن الإنسان محتاج إلى التأمل والتفكر فيما يشتريه وبيبعه حتى لا يضر في ذلك ولا يكون ذلك إلا بخيار الشرط (فتح. عناية).

تقسيم خيار الشرط: ينقسم خيار الشرط بأربعة اعتبارات الأول باعتبار المشروط له وذلك أربعة أنواع:

١ - اشتراط الخيار للبائع وحده.
٢ - للمشتري وحده.
٣ - للبائع والمشتري معاً.
٤ - للأجنبي.

والصور الثلاث الأولى سيأتي تفصيلها في المواد الآتية أما الرابعة فتفصل في شرح المادة التالية ومثالها أن يقول البائع بعت هذا المتاع بكذا قرشاً إذا رضي بذلك فلان في مدة كذا يوماً ويقبل المشتري البيع فالخيار في هذه الصورة شرط لأجنبي والبيع صحيح وإذا رضي الأجنبي أصبح البيع لازماً وإذا لم يرضَ ينفسخ البيع وإذا لم تعين المدة لا يكون البيع صحيحاً.

التقسيم الثاني باعتبار المدة وتحته أربعة أنواع وهي:

١ - اشتراط الخيار مدة بأن يشترط أحد المتبايعين الخيار من غير توقيت أو تأبيد كأن يقول أنت مخير.

٢ - اشتراط الخيار مؤبداً كأن يبيع ويشتري شخص مالا مشترطاً له الخيار أبداً.

٣ - أن يشترط الخيار موقتاً بوقت مجهول كأن يشترط بضعة أيام بدون أن يبين عددها أو إلى هبوب الريح أو حضور فلان من سفر ففي هذه الصور الثلاثة البيع غير صحيح بالإتفاق لأن مدة الخيار يجب أن تكون معلومة وإلى ذلك أشارت المجلة بقولها (مدة معلومة) وعند مالك يجوز وتضرب له مدة كمدة خيار مثله في العادة مع ظاهر قول أحمد بصحتها ومع قول ابن أبي ليلى بصحة البيع وبطلان الشرط أما إذا لم يشرط الخيار أثناء العقد بل قال أحد المتبايعين للآخر بعد انتهاء العقد أنت مخير من غير تعيين مدة الخيار فلا يطرأ خلل على صحة البيع إلا أنه يثبت الخيار في ذلك المجلس فقط (أنظر المادة ٥٥).

والبيع بالخيار من غير تعيين لمدة الخيار فاسد لكن إذا أسقط صاحب الخيار خياره بعد بضعة أيام ينقلب البيع إلى الصحة عند الإمامين «أنظر المادة ٢٢».

٤ - أن يشترط الخيار مدة معينة والعقد مع هذا صحيح (معرب)

التقسيم الثالث باعتبار زمان الشرط وتحته ثلاثة أنواع.

١ - وقوعه أثناء العقد كأن يقول البائع بعتك هذا المال على أن أكون مخيراً خمسة أيام فيقول المشتري اشتريت فهذا النوع من الشروط صحيح ومعتبر.

٢ - وقوع ذلك بعد العقد ولو بعد مضي بضعة أيام وهذا أيضاً صحيح وتجري فيه الأربع الصور الماضية في التقسيم السابق فإذا قال أحد المتبايعين للآخر بعد أن وقع العقد بلا خيار قد خيرتك في البيع أسبوعاً ثبت بذلك خيار الشرط وكذلك إذا باع شخص من آخر مالاً بمائة قرش ثم قال البائع بعد ذلك للمشتري لي عندك مالي أو المائة القرش فعند الإمام الثالث يعد ذلك خيار شرط أي يكون البائع بقوله هذا قد شرط الخيار للمشتري.

٣ - اشتراط الخيار قبل العقد وهذا لا حكم له فإذا قال شخص لآخر خيرتك في البيع الذي سنعقده ثم وقع بينهما العقد مطلقاً أي بغير اشتراط الخيار فلا يثبت بذلك خيار.

التقسيم الرابع باعتبار المحل وتحته أربعة أنواع : ـ

١ - أن يكون في البيع الصحيح فالخيار في ذلك صحيح على أية حال.

٢ - أن يكون في البيع الفاسد ولا يثبت بذلك خيار إلا بعد القبض لأن البيع الفاسد لا حكم له قبل القبض ومن إطلاق المسألة يفهم أن الخيار يثبت في البيع الفاسد بعد العقد (أنظر المادة ٦٤) ويرد علينا الإعتراض الآتي وهو أن البيع الفاسد مستوجب للفسخ ذاتاً فما فائدة الخيار فيه والجواب أنه إذا كان الخيار فيه للبائع أو له وللمشتري فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع فلا يدخل المبيع في ملك المشتري لكن لولا الخيار لم يدخل في ملكه بقبضه.

٣ - أن يكون في كل المبيع وهذا ظاهر.

٤ - أن يكون في بعض المبيع ويكون ذلك صحيحاً في الصور الآتية.

الأولى: أن يكون في بعض مال واحد من الأموال القيمية فهذا صحيح فصل الثمن أو لم يفصل لأنه لا تفاوت بين أجزاء المال القيمي الواحد مثال ذلك أن يقول شخص بعت هذه الفرس بألف قرش على أن لي الخيار في ضمنها فالخيار في النصف والبيع صحيحان ويلزم البيع في النصف الآخر.

الثانية: في الأموال المثلية الخيار في بعض ذلك صحيح إذا لم يعين ما فيه الخيار كما أن البيع صحيح أيضاً فصل الثمن أم لم يفصل لأنه لا تفاوت بين أجزاء المثليات مثال ذلك أن يقول شخص لآخر بعتك هذه الخمسون كيلة حنطة على أن لي الخيار في نصفها فيقول المشتري اشتريت أو قبلت فالبائع يكون مخيراً في نصف المبيع أي في الخمس والعشرين كيلة حنطة فإذا كان ثمن المبيع معلوماً فيكون ثمن نصفه معلوماً والشيوع لا يمنع الصحة والجواز وكذلك إذا قال المشتري اشتريت هذه الخمسين كيلة حنطة على أن لي الخيار في نصفها فالمشتري مخير في النصف.

وإن كان في ذلك تفريق الصفقة فيما لو استعمل صاحب الخيار خياره وفسخ البيع في البعض إلا أنه بقبول الطرف الآخر لهذا الشرط حصل التراضي.

٣ - في بيع مالين من الأموال القيمية إذا عين ثمن المال الذي شرط فيه الخيار فالبيع والخيار صحيحان مثال ذلك إذا قال البائع أن ثمن هذا الحصان الأدهم عشرة دنانير وهذا الأبلق ثمانية وقد بعتهما على إن لي الخيار خمسة أيام في الأبلق فقبل المشتري فالبيع والخيار صحيحان.

ويكون البيع باشتراط الخيار في بعض المبيع غير صحيح في الصور التالية:

١ - إذا لم يفصل قيمة المالين من الأموال القيمية ولم يعين المال المشروط فيه الخيار فلا الخيار ولا البيع في مثل ذلك صحيحان لأن المبيع والثمن مجهولان.

٢ - إذا فصل ثمن المالين من الأموال القيمية إلا أنه لم يعين المال الذي هو محل الخيار فالبيع فاسد لأن المبيع في هذه الصورة يبقى مجهولاً.

٣ - فيما إذا كان المبيع مالين من الأموال القيمية وعين محل الخيار فيهما لكن لم يفصل الثمن فالبيع في ذلك فاسد لجهالة الثمن لأن ما يشرط فيه الخيار يكون كالخارج من البيع والداخل هو المبيع الآخر فإذا لم يعلم ثمن المبيع الداخل في البيع فلا يصح البيع (أنظر المادتين ٢٠٠ و٣٣٨) وقد جاء في مجمع الأنهر (ولن يكونا معلومين إلا بالتفصيل).

﴿المادة ٣٠١﴾ كل من شرط له الخيار في البيع يصير مخيراً بفسخ البيع في المدة المعينة للخيار.

المخير خيار شرط أما أن يكون البائع أو المشتري أو كليهما أو وكليهما أو وصيهما أو أجنبياً.

والمقصد من مدة الخيار أن صاحب الخيار له فسخ البيع هذه المدة لكن يشترط فسخ البيع في مجموع المبيع وتبليغ ذلك إلى الطرف الآخر إذا لم يكن مانع فإذا أراد المشتري رد المبيع الذي اشتراه وقبضه فمؤونة رده عليه.

توضيح القيود:

إذا كان صاحب الشرط وكيلاً أو وصياً فله فسخ البيع بخياره ولو كان قد باع المال بأزيد من قيمته أو اشتراه بأنقص (هندية).

وإذا شرط الخيار للأجنبي ثبت له الخيار استحساناً وللمستنيب أيضاً أي البائع أو المشتري وجه الاستحسان أن يثبت له ابتداءً ثم للغير نيابة تصحيحاً لتصرفه لو شرط لجيرانه أن عد أسماءهم جاز وإلا فلا. (مجمع الأنهر) فإذا شرط أحد المتبايعين الخيار لأجنبي ثبت الخيار للأجنبي وله أيضاً من غير حاجة إلى التصريح بثبوت ذلك له وللأجنبي ولا يجب على الأجنبي مراعاة المصلحة لشارطه من فسخ أو إجازة بل أن يفسخ أو يجيز وإنْ كرهه وليس للشارط له عزله ولا له عزل نفسه لأنه تمليك على الأصح لا توكيل (باجوري).

ولشرط الخيار للأجنبي ثلاث صور:

الأولى: أن يجيز النائب ويوافق المستنيب على ذلك فيكون البيع لازماً.

الثانية: أن يفسخ أحدهما ويجيز الآخر ويرفع خيار الشرط فالسابق من الفسخ أو الإجازة المعتبر والأخير لا حكم له «أنظر المادة ٥١».

الثالثة: أن يفسخ المستنيب في اللحظة التي أجاز فيها النائب أو بالعكس فيرجع جانب الفسخ لأن الخيار شرع له فجانبه أولى «أنظر المادة ٤٦» قيل في «جميع المدة» فإذا شرط الخيار خمسة أيام فصاحب الخيار مخير في هذه الأيام كلها وعند الإمام لا ينتهي الخيار قبل انقضاء الخامس وعند الصاحبين لا يدخل اليوم الخامس في الخيار فالمخير إلى الليل أو الظهر مخير في الليلة كلها وفي وقت الظهر كله ولا ينتهي الخيار قبل مرور الغاية وقد جاء في ميزان الشعراني «قال الأئمة الثلاثة إن

الخيار إذا شرط إلى الليل لم يدخل الليل في الخيار مع قول أبي حنيفة أن الليل يدخل في ذلك الأول فيه تشديد والثاني فيه تخفيف وتوسعة.

ويجب أن يكون الفسخ أو الإجازة في كل المبيع فلا تجوز الإجازة في بعض المبيع والفسخ في بعضه الآخر فيما بيع صفقة واحدة واشترط فيه الخيار أي لا يكون حكم للإجازة أو الفسخ ويبقى الخيار على حاله سواء أكان صاحب الخيار البائع أم المشتري أو كان المبيع واحداً أم متعدداً أو كان مقبوضاً أم غير مقبوض لأن خيار الشرط مانع لتمام الصفقة فالإجازة على هذا الوجه في بعض المبيع توجب تفريق الصفقة قبل تمامها وهذا غير جائز أما بعد التمام فجائز «هندية».

مثال ذلك: أن يبيع البائع بغلتين على أن يكون مخيراً في البيع ثم يبطل الخيار في أحدهما بلا تعيين أو بتعيين فهذا الإبطال لا يكون معتبراً ويبقى الخيار على حاله وكذلك إذا باع شخص بغلة على أن يكون مخيراً في البيع فنقض البيع في النصف فهذا النقض باطل «هندية. انقروي».

قلنا (يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ) لأن صاحب الخيار إذا فسخ الخيار بالقول فعند الطرفين يجب علم الطرف الآخر بالفسخ في مدة الخيار فإذا فسخ من له الخيار في البيع ومضت مدة الخيار بدون أن يعلم الطرف الآخر بذلك لزم البيع علم الطرف الآخر بعد انقضاء المدة أم لم يعلم (در المختار. رد المحتار).

وكذلك إذا فسخ صاحب الخيار البيع في غياب الطرف الآخر فهذا الفسخ كأن لم يكن لأنه لم يعلم الطرف الآخر به فإذا أجاز البيع كانت إجازته صحيحة.

أما إذا علم الطرف الآخر بالفسخ قبل انتهاء مدة الخيار فقد تم البيع (خلاصة) وإذا اشترى شخص مالاً على أنه مخير فيه ثلاثة أيام فاختفى البائع ليكون البائع عاجزاً عن فسخ البيع في هذه المدة فالحيلة أن يرفع الأمر إلى الحاكم لينصب وكيلا للبائع يرده عليه إذا أراد الفسخ وعند الإمام الثاني يصح الفسخ القولي بدون علم الطرف الآخر وليس في المجلة ما يدل على ترجيحها أحد هذين القولين المختلفين وكذلك يجري هذا الاختلاف في خيار الرؤية أما الفسخ الفعلي فيجوز بدون أن يعلم الطرف الآخر وذلك كأن يكون البائع مخيراً فيبيع المبيع من آخر في مدة الخيار أو يؤجره فالبيع بذلك ينفسخ وإن لم يعلم بذلك المشتري لأن بيع البائع للمبيع أو إيجاره دليل على استبقاء المبيع في ملكه وكذلك المشتري إذا كان مخيراً وتصرف في الثمن الذي يكون عيناً تصرف الملاك ينفسخ البيع ما لم يكن مانع من الفسخ وموانع الفسخ: (١) الزيادة المتصلة المتولدة (٢) الزيادة المتصلة غير المتولدة (٣) الزيادة المنفصلة المتولدة فهذه الثلاثة مانعة[١] للفسخ وذلك كما إذا اشترى شخص مالاً على أن له الخيار فزاد بعد القبض في يده زيادة متصلة متولدة من الأصل كالسمن والبرء من المرض وذهاب البياض من العين أو زيادة متصلة غير متولدة منه كصبغ الثوب وخياطته والبناء والغرس أو زيادة منفصلة متولدة

---

(١) في الأصل المطبوع (غير مانعة) وهو مخالف لكلام الشارح السابق واللاحق كما لا يخفى كما أنه مخالف لمصدره المنقول عنه فلذلك نرجح أن زيادة (غير) خطأ مطبعي أو سهو من الشارح فنسقطها «المعرب».

كالولد واللبن والصوف فالبيع مع تلك الزيادات لازم لا يصح فسخه. القسم الرابع من الزيادات الزيادة المنفصلة غير المتولدة وهو غير مانع من الفسخ كغلة المبيع وبدل إيجاره فإذا اختار المشتري البيع يأخذ الزيادة مع أصل المبيع وان اختار الفسخ يرد الأصل مع الزيادة عند أبي حنيفة وعند الصاحبين يرد الأصل لا غير والزوائد للمشتري (هندية، بحر) ولمن له الخيار إجارة البيع ان شاء بشرط (١) أن تكون الإجازة في جميع المبيع و(٢) أن تكون الإضافة حالاً او مضافة و (٣) الا يكون مانع من الإجارة و(٤) أن يكون المخير أحد الطرفين و(٥) ولو لم يعلم الطرف الآخر بالإجازة و(٦) ولو كانت باتفاق على حط أو زيادة. وفوائد هذه القيود تظهر فيما يلي: فإذا اشترى شخص مالاً على أن له الخيار فيه ستة أيام فللمشتري في مدة الستة أيام أن يفسخ البيع أو أن يجيزه (١) قيد (جميع المبيع) تقدم بيان ثمرته في المادة السابقة (٢) (حالاً او مضافة) ان إضافة إبطال الخيار إلى الزمن المستقبل صحيحة فإذا قال صاحب الخيار وقد ابطلت خياري غداً فالإبطال صحيح وكذلك إذا قال ان جاء الغد بطل خياري. ويبطل الخيار في هاتين الصورتين في اليوم المذكور لأن غداً آت لا محالة أما إبطال الخيار معلقاً فغير صحيح فإذا قال صاحب الخيار ان لم أعمل هذا اليوم الفلاني فقد أبطلت خياري فإن لم يعمل ذلك اليوم ذلك العمل فلا يبطل خياره. وإجازة البيع تكون باسقاط الخيار وهذا الإسقاط أما أن يكون في الكل أو في البعض فإذا اسقط صاحب الخيار خياره في الكل وأجاز البيع كما هو مبين في فقرة المجلة فذلك صحيح وكذلك إذا كان صاحب الخيار مدة خياره عشرة أيام فاسقط منها ستة يسقط منها ستة ويبقى أربعة ويكون كما لو اشترط الخيار أربعة أيام فقط «هندية» أما الإبراء من الثمن فلا يسقط خيار الشرط فإذا اشترى المشتري مالاً على أن له الخيار فيه كذا يوماً فابرأه البائع من ثمن المبيع في مدة الخيار فلا يطرأ بذلك خلل على خيار المشتري فله أن يجيز البيع ويأخذ المبيع بلا نقود وله أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى البائع «بزازية» (٣) وألا يكون مانع يمنع صحة الإجازة فإن كان ذلك لا تصح وعلى ذلك فكما يكون ما يمنع من فسخ البيع بخيار الشرط يكون ما يمنع من إجازته. وموانع الإجازة هي: إذا تلف أحد المبيعين قبل الإجازة أو أخذ بالإستحقاق كما اذا باع شخص بغلتين على أن له الخيار وسلم المبيع إلى المشتري فتلفت إحدى البغلتين أو أخذت بالإستحقاق فإذا أجاز البائع البيع فلا يصح حتى البغلة التي لم تهلك لأن البيع بخيار الشرط ليس منعقداً في حق الحكم وإنما يكون البيع في الباقي بمنزلة ابتداء العقد بالحصة أي أن البيع في البغلة الباقية في هذه الصورة يجب أن يكون بحصتها من الثمن وبما أن الحصة المذكورة مجهولة فالبيع غير جائز حسب المادة ٣٣٢ «هندية» لكن إذا كان المشتري مخيراً وهلكت احداهما أو أخذت بالاستحقاق كما تقدم فلا يطرأ خلل على خيار المشتري «هندية» وهذا الفرق يؤخذ من المادتين «٣٠٨ و٣٠٩» ثانياً إذا باع الوصي مال الصغير الذي يساوي ألف قرش على أن يكون مخيراً ثم ارتفعت قيمة هذا المال بألفي قرش في مدة الخيار فليس للوصي أن يجيز البيع «أنظر المادة ٥٨» (٤) إذا كان من له الخيار واحداً فإن كان متعدداً كأن يشتري شخص مالاً من اثنين صفقة واحدة على أن يكونا مخيرين فإذا أجاز احدهما البيع فليس للآخر فسخه عند الإمام كما أنه إذا فسخ أحدهما البيع فليس للآخر أن يجيزه لأنه لو قبل ذلك لنشأ من ذلك شركة يتضرر بها المشتري. أما إذا كان البيع صفقتين فلأحدهما أن يجيزه وللآخر أن يفسخه وفي هذه الصورة يكون البيع لازماً في حصة المجيز ومنفسخاً في نصيب الآخر لأن المشتري في هذه الصورة يكون

قد رضي بعيب الشركة (در المختار، انقروي) مثال ذلك: إذا اشترى شخص مالاً مشتركاً مناصفة بين اثنين منهما نصف أحدهما بعقد على أن للبائع الخيار ونصف الآخر بعقد آخر كذلك أي على أن يكون البائع مخيراً فإذا فسخ أحد هذين البائعين البيع بخيار الشرط وأجاز الآخر صح ذلك. وإذا كان المشتري متعدداً كأن يشتري اثنان مالاً من آخر على أن يكونا مخيرين فيه فإذا أجاز أحدهما البيع صراحة أو دلالة كبيع المشتري المبيع من آخر ابطلت هذه الإجازة خيار الآخر ولزم البيع وكذلك إذا فسخ أحدهما البيع ينفسخ وليس للآخر اجازته لأنه إذا جاز لأحدهما أن يجيز وللآخر أن يفسخ أو بالعكس يحصل في المبيع عيب الشركة ويتضرر البائع «أنظر المادة ١٩» أما عند الصاحبين فيجيز إنفراد أحد المخيرين بالإجازة والفسخ وليس في المجلة ما يدل على ترجيحها أحد هذين القولين وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب أنه إذا كان المشتري واحداً واشترى مالاً من شخصين على أن له الخيار فله أن يفسخ البيع في حصة أحدهما وأن يجيزه في حصة الآخر والحكم على هذا المنوال في خيار العيب أيضاً «ملتقى، مجمع الأنهر، رد المحتار، هندية» (٥) ولو لم يعلم الطرف الآخر بهذه الإجازة لأن من له الخيار إذا قصد الإجازة فله أن يجيز بالقول وبالفعل أيضاً «رد المحتار» لأن قبول أحد العاقدين لخيار الآخر يكون اذناً منه بإجازة البيع في أي زمان شاء فلذلك لا يلزم حضور الطرف الآخر أو علمه حين الإجازة «ميزان الشعراني»(٦) ولو كانت هذه الإجازة مع تراض واتفاق على حط أو زيادة لأن المشتري إذا اشترى مالاً وشرط الخيار لنفسه ثم حط البائع من ثمن المبيع ليسقط المشتري خياره ويجيز البيع أو اصطلح البائع والمشتري على أن يزيد البائع على المبيع مالاً فذلك جائز وكذلك إذا باع البائع مالاً على أن يكون مخيراً في البيع فزاد المشتري على ثمن المبيع مالاً من جنس ثمن المبيع أو من جنس آخر ليسقط البائع خياره ويجيز البيع واصطلح البائع والمشتري على هذا الوجه فذلك جائز ويكون فسخاً للعقد الأول وابتداء لعقد جديد.

﴿المادة ٣٠٢﴾ فسخ البيع وإجازته في مدة الخيار كما يكون بالقول يكون بالفعل.

المراد من الفسخ والإجازة هنا ما يكون من أحد الطرفين «ملتقى، مجمع الأنهر، هندية» وقد تقدم في المادة السابقة أن بين هذه الفسوخ فرقا في بعض احكامها وهذه المادة تفيد أولاً صحة الفسخ قولاً ثانياً صحة القول فعلاً ثالثاً صحة الإجازة قولاً رابعاً صحة الإجازة فعلاً والصورتان الأولى والثالثة سيبينان في المادة التالية والثانية والرابعة سيبينان في المادة ٣٠٥.

﴿المادة ٣٠٣﴾ الإجازة القولية هي كل لفظ يدل على الرضا بلزوم البيع كأجزت ورضيت والفسخ القولي هو كل لفظ يدل على عدم الرضا كفسخت وتركت.

أما إذا لم يصدر ممن له الخيار كلام من هذا القبيل بل أجاز البيع أو فسخه في قلبه فلا يعتد

بذلك ولا يترتب عليه حكم شرعي لأن الأحكام الشرعية لا تتعلق بالباطن بل تتعلق بالظاهر وقد أشير إلى ذلك بقيد الكلام «أنظر شرح المادة ٢» فلذلك إذا كان المشتري مخيراً وفاه بكلام لا يدل على الرضا كقوله احببت شراء المبيع أو رغبت في شرائه أو سررت به فلا تحصل بذلك اجازة «هندية»

﴿المادة ٣٠٤﴾ الإجازة الفعلية هي كل فعل يدل على الرضا والفسخ الفعلي هو كل فعل يدل على عدم الرضا مثلاً لو كان المشتري مخيراً وتصرف بالمبيع تصرف الملاك كأن يعرض المبيع للبيع أو يرهنه أو يؤجره كان إجازة فعلية يلزم بها البيع وإذا كان البائع مخيراً وتصرف بالمبيع على هذا الوجه كان فسخاً فعلياً للبيع.

«أنظر المادة ٦٨» كذلك عرض المبيع للبيع ولو بخيار ورهنه ولو بلا تسليم أو إعارته أو هبته مع التسليم أو زراعته أو حرثه أو كري نهره أو رعي عشبه فيما إذا كان المبيع ارضاً وكذلك إذا كان المبيع نهراً مع أرض فسقى أرضاً أخرى منه أو داراً أو حانوتاً فسكنه أو عمره أو بنى شيئاً أو جصصه أو هدم شيئاً منه قليلاً أو كثيراً أو كان المبيع زرعاً في أرض فسقى الزرع أو قطع منه أو انقاه من العشب أو نقله إلى البيدر ودرسه أو كان بقرة فحلبها أو كان داراً مأجورة فباعها البائع بإذن المستأجر على أن يكون المشتري مخيراً فابقى المشتري المستأجر في تلك الدار وطلب منه اجرتها أو غير ذلك من التصرفات التي هي من لوازم التملك فيعتبر ذلك إجازة فعلية وإذا عقد البيع على أن يكون البائع مخيراً فتصرفه على هذا الوجه أي بيعه المبيع أو عرضه للبيع أو هبته مع تسليمه أو رهنه أو إيجاره مع التسليم أو جز صوفه ان كان شاة أو الطحن به ان كان طاحوناً ونحو ذلك مما هو من لوازم الملك، فسخ فعلي لأن هذه التصرفات تصرفات المالك في ملكه فتكون دليلاً على استبقاء المبيع والمشتري في الملك وهذه المادة هي ضابط للإجازة الفعلية من البائع أو المشتري وقد اوردنا لزيادة التفصيل والإيضاح الأمثلة السالفة وكذلك ما يأتي من التصرفات وهي أولاً إذا اشترى المشتري داراً على أن له الخيار فبيعت في مدة الخيار دار مجاورة لتلك الدار فطلب المشتري الشفعة في الدار بسبب شرائه للدار الأولى فذلك من المشتري إجازة للبيع لأن المشتري ما دام مخير الا يكون مالكاً للمبيع وليس له طلب الشفعة فيه فطلب الشفعة دليل على تملكه أما إذا كان البائع مخيراً فطلب الشفعة لا يسقط خياره لأنه ما دام مخيراً فملكه باق. ثانياً إذا سلم البائع المبيع في مدة خياره إلى المشتري وكان تسليمه على وجه التمليك يبطل خياره أما إذا سلمه عل وجه الإختيار فلا يسقط خياره. ثالثاً إذا اشترى شخص طاحوناً وشرط الخيار لنفسه وطحن بها تجربة ينظر فإن طحن بها مدة طويلة سقط خياره وان طحن بها مدة قليلة فلا يسقط والطحن بها يوماً وليلة كثير وما دون ذلك قليل. رابعاً إذا اشترى شخص دابة على أن له الخيار فإن ركبها مدة تزيد عن المدة الكافية لتجربتها أو ركبها في مصلحته أو كان المبيع ثوباً فلبسه للوقاية من البرد يسقط خياره أما إذا ركب

الدابة لتجربتها أو لبس الثوب ليعتبره فلا يسقط خياره وكذلك إذا قبض المشتري المال الذي اشتراه بشرط الخيار.

﴿المادة ٣٠٥﴾ إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ أو لم يجز من له الخيار لزم البيع وتم.

فالذي له الخيار أما أن يكون البائع أو المشتري أو الاثنين معاً أو أجنبي والبيع يصير لازماً بمرور مدة الخيار ولو كان من له الخيار مريضاً أو مغمى عليه أو مصاباً بجنون أو نائماً نوماً عميقاً ولم يشعر لتلك العوارض بمرور مدة الخيار لأن الخيار إنما يثبت في مدته فقط ويبطل بمرورها ويصبح العقد لازماً ببطلان الخيار المانع من تمامه «زيلعي» (أنظر المادة ٢٤) (إذا زال المانع عاد الممنوع) حتى لو كان البائع مخيراً وتلف المبيع في يد المشتري بعد مرور مدة الخيار فيجب على المشتري أداء الثمن المسمى كذلك إذا كان البائع والمشتري مخيرين في البيع ومرت مدة الخيار قبل إنفاذ البيع أو فسخه يصبح البيع لازماً أما عند الإمام مالك فلا يكون البيع لازماً بمرور مدة الخيار بل يتوقف ذلك على إجازة من له الخيار وإذا تفاوتت مدتا خيار الطرفين يسقط خيار الطرف الذي تنقضي مدة خياره ويبقى خيار الآخر حتى تنقضي مدته. مثال ذلك: إذا كان للبائع خيار لثمانية أيام وخيار للمشتري لعشرة يسقط خيار البائع بانقضاء الثمانية الأيام ويظل خيار المشتري باقياً إلى انتهاء مدته ولا يسقط خيار من له الخيار بجنونه أو اغمائه أو زوال عقله بأحد الأسباب فإذا افاق في مدة الخيار لم يسقط خياره (هندية) وإذا لم يفق في مدة الخيار سقط بمرور مدة الخيار واصبح البيع لازماً ولا ينتقل هذا الخيار إلى الوارث أي أنه ليس لوارث المجنون أو لوصية استعمال ذلك الخيار.

﴿المادة ٣٠٦﴾ خيار الشرط لا يورث فإذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع وإذا كان للمشتري فمات ملكه ورثته بلا خيار.

أي أنه إذا توفي أحد العاقدين وكان له خيار شرط فلا ينتقل عنه إلى ورثته فإذا كان الخيار للبائع ومات في مدته ملك المشتري المبيع وإذا كان للمشتري ومات ملكه ورثته بلا خيار لأن خيار الشرط عبارة عن المشيئة والإرادة أي إرادة فسخ البيع أو انفاذه وذلك صفة من صفات الميت فكما أن أوصاف الميت لا تنتقل إلى وارثه فلا تنتقل إليه هذه الصفة أيضاً والجنون كالموت فعليه إذا كان البائع والمشتري مخيرين معاً فإيهما مات يبطل خياره ويصبح البيع لازماً في حقه أما إذا توفي الطرف الذي ليس مخيراً فلا يطرأ خلل على خيار الطرف الذي له الخيار فله فسخ البيع أو قبوله كذلك لو باع شخص مالاً من آخر على أن يكون لأجنبي فبوفاة ذلك الأجنبي يبطل الخيار ويصبح البيع لازماً كذلك إذا باع الوصي أو الوكيل في البيع مالاً بخيار الشرط فبوفاة الوصي الذي باشر البيع أو بوفاة الصبي أو بوفاة الوكيل او بوفاة الموكل يبطل الخيار ويصبح البيع لازماً (طحطاوي) والظاهر أنه إذا كان الأجنبي أي الغائب كالوصي والوكيل حياً وتوفي المستنيب لا يبطل الخيار خلافاً لما ذكره الطحطاوي (الشارح) نفاذ البيع الذي فيه خيار شرط على ثلاثة أوجه: (١) الإجازة (٢) بمرور

المدة (٣) بموت من له الخيار. وقد ذكر ذلك في المواد (٣٠١و ٣٠٥و ٣٠٦) .

﴿المادة ٣٠٧﴾ إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فايهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع وايهما أجاز سقط خيار المجيز فقط وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة.

إذا كان البائع والمشتري مخيرين معاً لا يخرج المبيع من ملك البائع والثمن من ملك المشتري بل يبقيان في ملكهما وفي ذلك تسعة أحكام وهي: أولاً: أن يجيز الاثنان البيع. ثانياً أن يفسخاه. ثالثاً: أن يجيزه البائع ويفسخه المشتري رابعاً: أن يفسخه البائع ويجيزه المشتري ففي الصورة الأولى يكون البيع لازماً كما إذا أمرت مدة الخيار ولم يفسخ الإثنان البيع أو يجيزانه «أنظر شرح المادة ٣٠٥» وينفسخ البيع في الصور الثانية والثالثة والرابعة وبكلمة أوضح ينفسخ إذا فسخه أي الفريقين «راجع المادة ٣٠١» وحينئذ لا يبقى لإجازة الثاني من اعتبار «هندية» سواء أوقعت الإجازة قبل الفسخ أم بعده أو وقعت هي والفسخ في وقت معاً (راجع المادتين ٥١ و٤٦) إلّا أنه إذا فسخ أحدهما البيع ثم اجازه الثاني وقبل الطرف الذي فسخ البيع تلك الاجازة يجوز البيع استحساناً وهو بمنزلة بيع آخر. خامساً: يسقط خيار من يجيز البيع منهما ويصبح البيع باتاً في حقه وخيار الطرف الآخر يبقى كما كان فله فسخ البيع وبذلك ينفسخ ولا يبقى حكم لإجازة الطرف الآخر كما بين آنفاً وله أن يجيز البيع في هذه الصورة وبذلك يصبح البيع لازماً. سادساً: إذا كان البائع والمشتري مخيرين معاً فلا يخرج بذلك المبيع من ملك البائع والثمن من ملك المشتري كما تقدم ولكن ليس للبائع أن يتصرف في الثمن كما أنه ليس للمشتري أن يتصرف في المبيع فإذا تصرفا فيه فتصرفهما باطل ولا يترتب عليه حكم «أنظر المادة ٩٦». سابعاً .إذا تلف المبيع قبل القبض في يد البائع أو تلف الثمن المتعين بالتعيين قبل التسليم في يد المشتري ينفسخ البيع راجع المادة «٢٩٣» وشرحها. ثامناً: إذا تلف المبيع بعد القبض في يد المشتري فإذا كان من القيميات تلزم المشتري قيمته يوم القبض وإذا كان من المثليات لزمه مثله لأن المشتري قد قبض المبيع بعد تسمية الثمن بيوم الشراء أنظر المادة «٢٩٨» تاسعاً: إذا تلف المبيع في يد البائع بعد قبض الثمن المتعين بالتعيين أو إذا كان الثمن من القيميات لزم البائع تأدية قيمته يوم القبض إلى المشتري أما إذا كان من المثليات لزمه أداء مثله «رد المحتار» عاشراً: الاختلاف في وقت التلف - إذا كان البائع والمشتري مخيرين لمدة بضعة أيام كما مر وقبض المشتري المبيع بعد البيع ثم تلف فادعى أحدهما أنهما فسخا البيع في مدة الخيار وادعى الثاني أنه تلف في مدة الخيار بعد اجازتهما البيع وأقاما البينة على مدعاهما ترجح بينة مدعي الاجازة.

﴿المادة ٣٠٨﴾ إذا شرط الخيار للبائع فقط لا يخرج المبيع من ملكه بل يبقى معدوداً من جملة أمواله فإذا تلف المبيع في يد المشتري بعد قبضه لا يلزمه الثمن المسمى بل يلزمه اداء قيمته للبائع يوم قبضه.

أما إذا كان الخيار للبائع فقط ففي ذلك أربعة أحكام ما دامت مدة الخيار باقية سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً وهي:

اولاً - لا يخرج المبيع من ملك البائع لأن البيع انما يتم برضاء الطرفين واشتراط البائع الخيار لنفسه يقيد عدم رضائه بخروج المبيع من ملكه فيمتنع بذلك نفاذ البيع في حقه فإذا تصرف في المبيع فتصرفه يكون نافذاً إذا كان المبيع في يده أما إذا اذن البائع المشتري بقبض المبيع فليس له بعد ذلك أن يتصرف فيه أنظر المادة «٩٦»

ثانياً - إذا وقع البيع صحيحاً أو فاسداً على الوجه المذكور أي بأن شرط فيه الخيار للبائع فقط وتلف المبيع في يد المشتري بعد القبض سواء أكان ذلك القبض بإذن البائع أم بدون اذنه في مدة الخيار مع بقاء الخيار أو بعد فسخ البيع فبما أنه قد اصبح البيع منفسخاً والاجازة غير ممكنة فلا يلزم المشتري اداء الثمن المسمى بل تلزمه قيمة المبيع يوم قبضه للبائع إذا كان من القيميات أو مثله إذا كان من المثليات كالمال المقبوض بسوم الشراء ولو شرط المشتري لنفسه عدم الضمان لأن البيع لما كان موقوفاً عد لتعذر نفاذه بتلف المبيع مقبوضاً يوم الشراء. ثالثاً: إذا باع البائع مالاً من آخر وشرط الخيار لنفسه وسلم المبيع بعد قبض الثامن ثم فسخ البائع البيع في مدة الخيار فللمشتري حبس المبيع إلى أن يسترد الثمن ويستوفيه. رابعاً: إذا وقع البيع على هذا الوجه أي بشرط الخيار للبائع فقط يخرج الثمن من ملك المشتري بالاتفاق ولا يدخل على قول الإمام الأعظم في ملك البائع بخلاف قول الإمامين «الهندية» «أبو السعود» «الطحطاوي. رد المحتار. الفتح القدير» وهنا ألاّ يصح أن نقول رداً على قول الإمام الأعظم «كيف يجوز أن يصبح الملك بدون مالك» ونقول رداً على الرأي الثاني «ألاّ يصبح البدل والمبدل له ملكاً لمالك واحد ببقاء المبيع ملكاً للبائع ودخول الثمن في ملكه» «الشارح». إيضاح للقيود: (إذا تلف المبيع بعد القبض) فلتلف المبيع ثماني صور: (١): تلفه قبل القبض بنفسه فإذا تلف وهو في يد البائع يجري الحكم فيه على مقتضى المادة (٢٩٣) كما في البيع الصحيح المطلق ولا يلزم المشتري شيء وكذلك لا يترتب على المشتري في البيع بالخيار حكم ولا يلزمه شيء حتى ولو سلم البائع المال المبيع إلى المشتري والمشتري اودعه المال المذكور في أثناء مدة الخيار وتلف في يده وعلى ذلك فلو باع أنسان مالين من آخر وشرط في البيع الخيار لنفسه وتلف أحد المالين في يده قبل التسليم فليس له أن يجيز البيع بدون رضاء المشتري ويلزمه بالمال الموجود أنظر شرح المادة (٢٩٣) (رد المحتار الهندية) (٢): تلفه قبل القبض باتلاف المشتري إياه (٣): تلفه قبل القبض باتلاف أجنبي إياه ففي هاتين الصورتين يكون البائع مخيراً فله فسخ البيع وتضمين المشتري أو الاجنبي إياه وله اجازة البيع فإذا اجاز البيع وكان الأجنبي هو الذي اتلف المبيع يكون المشتري مخيراً كما وضح في شرح المادة (٢٦٣) في اتلاف الأجنبي المبيع. (٤): تلفه قبل القبض باتلاف البائع أياه والحكم فيه انفساخ البيع. (٥): تلف المبيع بنفسه بعد القبض وقد مر الحكم فيه. (٦): تلفه بعد القبض باتلاف المشتري إياه ففي هذه الصورة إذا كان المال المتلف مشروطاً فيه الخيار للبائع فله أن يجيز البيع ويأخذ الثمن من المشتري وله فسخ البيع وتضمين المبيع

وذلك بمقتضى المادة السالفة (٧): تلفه المبيع الذي شرط فيه الخيار للبائع بعد تسليمه إلى المشتري باتلاف اجنبي إياه في هذه الحال ويكون البائع مخيراً فله أن يجيز البيع ويأخذ ثمن المبيع من المشتري وللمشتري تضمين المتلف المبيع وله أن يفسخ البيع ويضمن المتلف الأجنبي المبيع (٨): تلف المبيع بعد القبض باتلاف البائع إياه وفي هذه الصورة ينفسخ البيع ولا يترتب شيء على المشتري وهناك ثماني صور أخرى للمال القيمي الذي يكون فيه الخيار للبائع ويحدث فيه عيب: فإذا حدث ذلك العيب في المال وهو في يد المشتري بعد القبض ينظر فإذا حدث العيب بفعل أجنبي أو فعل المشتري أو آفة سماوية فلا يطرأ خلل ما على خيار المبيع في هذه الصور الثلاث فله أن يجيز البيع ويأخذ الثمن المسمى جميعه من المشتري وفي هذه الحال أما أن يضمن الأجنبي نقصان الثمن أو يفسخ البيع وحينئذ له كما في الحال الأول أن يضمن الأجنبي قيمة نقصان المبيع وله أن يضمن المشتري وللمشتري أن يرجع على الأجنبي بالمبلغ أما في الصورتين الثانية والثالثة فللبائع تضمين المشتري نقصان القيمة فقط ويحصل العيب في المال الذي يباع والخيار فيه للمشتري وهو في يد البائع قبل قبض المشتري إياه (١) بفعل البائع (٢) بفعل الأجنبي (٣) بفعل المشتري (٤) بفعل المبيع نفسه أو بآفة سماوية فيجري الحكم في الصورة الأولى على ما مر في شرح المادة (٣٠٤) وهو انفساخ البيع وليس للمشتري في هذا الحال أخذ المبيع ما لم يرض البائع بتسليمه إليه أما الحكم في الصورة الثانية فعدم بطلان البيع والبائع مخير كما في السابق فله فسخ البيع وتضمين الأجنبي بما أحدثه من العيب بالمبيع من النقصان وله أن يجيز البيع والمشتري مخيراً أيضاً فله قبول البيع وتضمين الأجنبي نقصان القيمة وله فسخ البيع بسبب تغير المبيع وفي هذه الصورة للبائع أن يضمن الأجنبي نقصان القيمة أما الحكم في الصورة الثالثة فانفساخ البيع مع بقاء الخيار للبائع إذا شاء فسخ البيع وضمن المشتري نقصان البدل وإذا شاء اجازه. واخذ الثمن المسمى والحكم في الصورة الرابعة عدم بطلان البيع وعدم سقوط خيار البائع فله أن يجيز البيع أو لا يجيزه ويكون المشتري في هذا الحال مخيراً فله أخذ المبيع بمجموع الثمن وله تركه أما الحكم في الصورة الخامسة فيجري على مقتضى حكم الصورة الرابعة (هندية) أنظر المادة (٩٢٢) وشرح المادة (٢٩٣) الاختلاف في تلف المبيع في مدة الخيار أو بعدها وفي تلفه قبل الإجازة أو بعدها. المسألة الأولى: إذا باع البائع مالاً من آخر وشرط الخيار لنفسه لمدة ثلاثة أيام وتلف المبيع في يد المشتري بعد التسليم واختلف المتبايعان فادعى أحدهما أن التلف وقع بعد مرور مدة الخيار وأن البيع لازم ويجب اداء الثمن المسمى وادعى ثانيهما أن البيع تلف في ظرف الثلاثة أيام فيجب اعطاء القيمة حسب المادة السابقة والقول في ذلك لمدعي التلف في ظرف الثلاثة أيام لأن مدعي التلف في مدة الخيار منكر لزوم البيع والبينة على من يدعي تلف المبيع بعد مرور الثلاثة أيام أي تلفه بعد انقضاء مدة الخيار. **المسألة الثانية**: إذا اتفق المتبايعان على أن المبيع قد تلف بعد مرور مدة الخيار إلا أن أحدهما ادعى أن المشتري فسخ البيع في حضور البائع في مدة الخيار قبل تلف المبيع وأقام البينة لاثبات عدم لزوم الضمان حسب المادة الآنفة وادعى الآخر أن البائع قد أجاز البيع في مدة الخيار وان البيع بمقتضى المادة (٣٠١) أصبح لازماً فترجح بينة مدعي الفسخ ويجب إداء الثمن المسمى. **المسألة الثالثة**: إذا

اتفق الطرفان على أن المبيع تلف في مدة الخيار وهو في يد المشتري إلّا أن أحدهما ادعى أنه تلف بعد إجازة البيع وادعى الآخر أنه تلف بعد فسخ البيع وأقاما البينة على ذلك ترجح بينة مدعي الاجازة فعليه إذا باع إنسان مالاً من آخر على أن يكون مخيراً كذا مدة وسلمه إليه فادعى أحد المتعاقدين أنه تلف بعد انقضاء مدة الخيار فسخ البائع البيع في مدة الخيار وادعى الآخر أن المبيع تلف في مدة الخيار بعد أن أجاز البائع البيع وأقاما البينة على ذلك ترجح بينة مدعي الاجازة أما إذا لم يقم أحدهما البينة فالقول لمدعي الفسخ.

﴿المادة ٣٠٩﴾ إذا شرط الخيار للمشتري فقط خرج المبيع من ملك البائع وصار ملكاً للمشتري فإذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه يلزمه اداء ثمنه المسمى للبائع

يخرج المبيع من ملك البائع ويصير ملكاً للمشتري: أولاً: إذا كان المشتري مخيراً فقط. ثانياً: إذا كان البائع والمشتري مخيرين معاً واسقط البائع خياره. ثالثاً: إذا شرط المشتري الخيار لأجنبي وذلك عند الإمامين ويصير المبيع ملكاً للمشتري وتصرفات البائع في المبيع بعد ذلك تصير غير مشروعة أما إذا كان المشتري مخيراً فقط فالثمن لا يخرج من ملك المشتري وذلك بالاتفاق ولا يدخل المبيع في ملكه على رأي الإمام الأعظم أما على رأي الإمامين فيدخل لأنه لو خرج المبيع من ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لا يستلزم ذلك زوال ملك البائع عنه مع عدم دخوله في ملك آخر وليس لهذا نظير في باب المعاوضات وقد اختارت المجلة هنا قول الإمامين «الهندية» و«در المختار» و«رد المحتار» والحاصل أن المبيع يدخل في ملك المشتري والثمن لا يخرج من ملكه لكن إذا كان ذلك ملكاً له كما كان «الفتح القدير» ولكن إذا كان ذلك (ألا يصبح البدل والمبدل به ملك واحد في وقت واحد. الشارح) أما إذا تلف المبيع بعد القبض سواء كان ذلك في مدة الخيار أم بعد انقضائها بنفسه أو بفعل المشتري قبل الفسخ أو بعده أو إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه البائع وتلف في يده أثناء مدة الخيار فبما أن البيع قد ا صبح لازماً فتلزم تأدية الثمن المسمى لأن التلف لا يكون قبل أن يتقدمه حدوث عيب وحدوث العيب في المبيع قبل تلفه مسقط لحق الفسخ وبذلك يصبح البيع لازماً وهكذا فإذا تلف المبيع بعد سقوط الخيار ولزوم البيع يلزم المشتري الثمن المسمى لا قيمة المبيع «الطحطاوي والهندية». مثال: إذا كان الخيار في البيع للمشتري فقط وتلف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع وقبل أن يسترده البائع من المشتري يلزم المشتري الثمن المسمى لأن المبيع المذكور في يد المشتري بحكم الرهن ومضمون بالثمن «الانقروي».

إيضاح القيود: فقوله «بعد القبض» لأنه إذا تلف المبيع قبل القبض في يد البائع ينفسخ البيع ولا يلزم المشتري شيء (واقعات في الخيارات) راجع المادة (٢٩٣). وقوله (التلف) تعبير يقصد به الاحتراز عن أحداث العيب واليك التفصيلات الآتية في احداث العيب وهي إذا حصل عيب في

المبيع الذي فيه الخيار للمشتري فقط (١) بفعل المشتري (٢) بفعل أجنبي (٣) بفعل البائع (٤) بآفة سماوية. ينظر فإذا كان ذلك العيب لا يزول على الأصل أو أنه يزول ولكنه ليس كذلك في مدة الخيار فالعقد لازم ويجب على المشتري إداء الثمن المسمى ولو زال العيب بعد إنقضاء مدة خيار الشرط يعني إذا اشترى مشتر مالاً وشرط في البيع الخيار لنفسه فقط وحصل في المبيع عيب بفعل البائع وهو في يده بعد قبضه يسقط خيار المشتري أيضاً ويصبح البيع لازماً على رأي الشيخين. لكونه في ضمان المشتري حيث كان في يده «البحر» وإذا حصل عيب في المبيع بآفة سماوية فلا محل للتضمين ويضمن المشتري البائع بنقصان القيمة في حالة حصول عيب في المبيع بفعله أو الاجنبي في حالة حصول العيب منه أنظر المادة (٩١٧) وإذا زال ذلك العيب قبل مرور مدة الخيار بقي المشتري مخيراً أنظر المادة «٢٤» «مجمع الأنهر. البحر»

«لاحقة» - في الاختلاف في تعيين المبيع، وشرط الخيار، ومرور مدة الخيار، وفي فسخ العقد وإجازته. المسألة الأولى: إذا اختلف الطرفان في تعيين المبيع بعد أن أجاز من له الخيار عقد البيع ينظر فإذا كان المشتري قابضاً المبيع فالقول له سواء أكان الخيار في البيع للبائع أو للمشتري أما إذا لم يكن المشتري قابضاً المبيع والخيار للبائع فالقول للمشتري أيضاً كما إذا كان الخيار للمشتري يكون القول للبائع. المسألة الثانية: إذا اراد المشتري إجازة البيع ولم يقبض المال الذي اشتراه بشرط الخيار وادعى البائع أن المال الذي بعته من المشتري غير هذا المال وادعى المشتري أنه هو ذلك المبيع بعينه فالقول للبائع . المسألة الثالثة: إذا اجاز البائع البيع الذي شرط فيه الخيار لنفسه والزمه به ولم يسلم إلى المشتري فإدعى المشتري أن المال الذي اشتراه غير هذا و ادعى البائع أنه نفس المبيع فالقول مع اليمين للمشتري. المسألة الرابعة: إذا أراد المشتري الذي له الخيار بعد القبض رد المبيع بحق الخيار وادعى البائع أن المال الذي بعته منك ليس هذا بل هو غيره وادعى المشتري أنه هو ذاته فالقول مع اليمين للمشتري أما إذا أثبت البائع أن المبيع هو غيره فيقبل ذلك منه. المسألة الخامسة: إذا اختلف المتبايعان في حصول شرط خيار وعدم حصوله فالقول لمنكر ذلك لان الخيار من العوارض التي تثبت بالشرط فلذلك فالقول لمن نفاه أنظر المادة «٩» أما إذا أقام كل من الطرفين البينة على مدعاه ترجحت بينة مدعي الخيار. المسألة السادسة: إذا اختلف الطرفان في انقضاء مدة الخيار وعدم انقضائها كأن يدعي أحدهما أن مدة الخيار عشرة أيام وقد مرت ويدعي الآخر أن مدة الخيار وان كانت عشرة أيام إلّا أن البيع إنما عقد اليوم أو قبل خمسة أيام فقط ولم تنقض مدة الخيار فالقول لمنكر انقضائها لأن الطرفين متفقان على حصول الخيار وإنما ينكر أحدهما سقوطه بانقضاء مدته ويدعي الآخر سقوطه والقول للمنكر. المسألة السابعة: إذا اختلف المتعاقدان في مقدار مدة الخيار كأن يدعي أحدهما أن مدة الخيار عشرة أيام ويدعي الآخر انها خمسة عشر يوماً فالقول لمنكر الزيادة يعني يقبل قول من أدعى العشرة أيام لأن أحدهما يدعي الزيادة والثاني ينكرها.

المسألة الثامنة: إذا شرط الخيار لأحد المتعاقدين فقط واختلفا في حصول إجازة البيع أو فسخه أثناء مدة الخيار فالقول للعاقد المخير سواء أدعى الفسخ أم الإجازة لأنه يدعي الفعل الذي هو

مقتدر على إيجاده في الحال والبينة على الطرف غير المجيز إلّا أنه إذا حصل الاختلاف المذكور بعد مرور مدة الخيار فالقول لمدعي الاجازة سواء أكان البائع أم المشتري وفي هذه الصورة تكون البينة على مدعي الفسخ. المسألة التاسعة: إذا كان المتعاقدان مخيرين معاً وإختلفا في وقوع فسخ البيع أو إجازته في مدة الخيار فالقول لمدعى الفسخ والبينة على الآخر. أما إذا وقع الاختلاف المذكور بعد مرور مدة الخيار فالقول لمدعي الاجازة والبينة على مدعي الفسخ. المسألة العاشرة: ان التفصيلات المبينة في المسائل التسعة الأنفة إنما يكون عند عدم وجود تاريخ لبينتي العاقدين أما إذا كان ثمة تاريخ لبينة كلا الطرفين ترجح بينة الأسبق تاريخاً سواء أكانت قائمة على الفسخ أم على الاجازة «الهندية، البحر. رد المحتار، الدرر».

الفصل الثاني

في بيان خيار الوصف

خلاصة الفصل

(١) خيار الوصف على ضربين أحدهما ما يثبت بشرط والثاني ما يثبت بغير شرط

(٢) الضرب الأول نوعان ما يشترط فيه تصريحاً اتصافه بوصف مرغوب فيه وما يشترط اتصافه بذلك عرفاً.

(٣) كل وصف مرغوب فيه لا يحتمل العدم فاشتراطه في عقد البيع صحيح وإذا فقد فالمشتري مخير أما اشتراط ما يحتمل العدم أو غير المرغوب فيه فغير صحيح.

(٤) إشتراط اتصاف المبيع بوصف على ثلاثة أقسام: الأول ما يكون البيع معه صحيحاً وانعدام الوصف فيه موجباً للخيار والثاني ما يكون البيع معه صحيحاً لكن انعدام الوصف فيه غير موجب للخيار والثالث ما يكون البيع معه فاسداً.

(٥) إذا ظهر أن المبيع متصف بوصف أعلى من الوصف المشترط فإن كان التفاوت ما بين الوصفين مفوتاً لغرض المشتري يثبت خيار الوصف وإلاّ فلا.

(٦) إن فقدان الوصف يثبت للمشتري الخيار في الرد أو القبول فقط ولا يثبت الحق في قبول المبيع مع حط من الثمن ما لم يتعذر رد المبيع بعذر مشروع فحينئذ يثبت له ذلك الحق.

(٧) إذا اختلف في شرط اتصاف المبيع بوصف مرغوب أحصل أو لم يحصل فالقول للبائع والبينة على المشتري.

(٨) إن خيار الوصف ينتقل بالارث.

(٩) إذا تصرف المشتري المخير أو وارثه بعد وفاته خيار الوصف في المبيع تصرف المالك بطل خياره وصار البيع لازماً.

﴿المادة ٣١٠﴾ إذا باع مالاً بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى ويسمى هذا خيار الوصف مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون المشتري مخيراً وكذا لو باع فصاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر يخير المشتري.

قد تقدم أن خيار الوصف على قسمين ما يثبت بشرط والضابط فيه أن كل وصف لا يكون فيه غرر أي احتمال العدم فاشتراطه صحيح وإذا ظهر المبيع خالياً عنه أوجب ذلك الخيار للمشتري فله فسخ البيع وترك المبيع للبائع لأن المشتري قبل المبيع بشرط أن يكون مشتملاً على الوصف المرغوب فيه.

وله قبول المبيع بجميع الثمن المسمى وليس له أن يحط من الثمن في مقابلة ذلك الوصف لأن ذلك الوصف قد دخل في المبيع تبعاً وبما أن التابع لا يعود بالحكم حسب المادة (٤٨) فلا يكون للوصف حصة من الثمن حسب المادة «٢٣٤».

أما الوصف الذي فيه غرر فلا يجوز اشتراطه فبيع البقرة على أنها حامل أو تحلب مقدار كذا من اللبن في اليوم غير صحيح ومن الشروط الفاسدة (أنظر شرح المادة ١٨٩) لأنه لا يعلم ما في بطن البقرة وضرعها أحمل أو انتفاخ أو لبن وهذا القسم يعني الأول عن نوعين أحدهما ما يشترط اتصافه بوصف مرغوب فيه تصريحاً كما تقدم كما إذا بيعت بقرة على أنها حلوب أي متصفة بالحلب الذي هو وصف مرغوب فيه بخمسمائة قرش فظهر أن البقرة غير حلوب وأن الوصف المرغوب فيه ليس فيها فالمشتري مخير فإما أن يفسخ البيع ويترك البقرة للبائع وإما أن يقبلها بخمسمائة القرش وليس أن يحط من الثمن بسبب فقدان الحلب وإذا ادعى المشتري خلو المبيع من الوصف المرغوب فيه فالقول له ولا يجبر على قبض المبيع قبل أن يعلم بوجود الوصف المرغوب فيه لأن الاختلاف حاصل في وصف عارض والراجح فيه العدم (رد المحتار) وكذلك إذا بيع حصان على أنه هملاج (رهوان) أو كلب على أنه معلم (كلب صيد) وفرو سمور على أنه من الظهر أو البعير على أنه ناقة أو البغل على أنه بغلة أو اللحم على أنه لحم معز فظهر أن الحصان ليس بمهلاج «رهوان» والكلب ليس معلماً (كلب صيد) والفرو ليس من الظهر بل من الرأس والرجلين والبغل ليس بغلة والبعير جمل لا ناقة واللحم لحم ضأن لا معز فالمشتري مخير على ما تقدم شرحه «تنقيح . بحر».

وكذلك إذا بيع بستان على أن فيه كذا شجرة أو دار على أن فيها كذا غرفة أو عرصة على أن مساحتها كذا ذراعاً فظهر أن البستان لا يحتوي على العدد المشروط من الشجر والدار لا تحتوي على العدد المشروط من الغرف والعرصة لا تحتوي على العدد المشروط من الأذرع فالمشتري مخير فله أن يأخذ المبيع على ما ظهر عليه بجميع الثمن المسمى وله أن يترك المبيع كما لو بيعت عرصة بما فيها من الأشجار أو على أن فيها أشجاراً فإذا ليس فيها أشجار فالبيع صحيح والمشتري مخير «هندية».

«توضيح القيود» (الوصف المرغوب فيه) أما ما يشترط فيه وصف غير مرغوب فيه فيظهر خلوه منه فلا يوجب الخيار كما إذا بيع حصان على أنه أعور أو عينه رمداء أو أن فيه لهثاً فظهر ليس كذلك أو مال على أن فيه عيباً فظهرت سلامته منه فلا يكون المشتري مخيراً «فرائد شرح الملتقى».

ويفهم من التفصيلات التي مرت آنفاً أن شرط اتصاف المبيع بوصف على ثلاثة أقسام:

(١) ما يكون البيع معه صحيحاً وعدم الوصف فيه موجب للخيار.

(٢) ما يكون البيع معه صحيحاً لكن عدم الوصف فيه غير موجب للخيار.
(٣) ما يكون البيع فاسداً إذا ظهر البيع خالياً من الوصف.

وما يباع على شرط وصف مرغوب فيه فيظهر فيه وصف أعلى من الوصف المشترط ينظر فيه فإن كان لا تفاوت بين الوصفين بالنظر إلى غرض المشتري من المبيع فلا يثبت للمشتري خيار وإلاّ يثبت «رد المحتار».

مثال ذلك: إذا اشترى شخص ليلاً فص الماس زنة خمسة قراريط على أنه أخضر اللون ليصنع قرطاً «حلقاً» فظهر أنه أبيض فالمشتري مخير «شارح». وليس المراد من تقييد الشراء بالليل حقيقة ذلك بل المراد أن يشتري المبيع من غير أن يراه فلو بيع الفص من غير أن يراه المشتري عند الشراء أو قبله فالمشتري مخير وإن لم يقع الشراء ليلاً أما إذا اشتراه بعد أن اطلع على وصفه فلا خيار له سواء أوقع ذلك في الليل أم النهار. مثلاً إذا أشار البائع إلى فص ياقوت أصفر فقال بعت هذا الفص الأحمر بكذا قرشاً فقبل المشتري البيع بعد أن اطلع على وصفه فليس له خيار الوصف لأن الوصف في الحاضر لغو كما ذكر في المادة ٤٥ هذا إذا ظهر أصفر وبيع على أنه أحمر فإن بيع مشاراً إليه على أنه ياقوت فظهر أنه زجاج فقد تقدم البحث في ذلك في المادة ٢٠٨.

استثناء – إنه وإن كان ليس للمشتري حق حط الثمن في مقابلة الوصف الفائت المشترط إلاّ أنه إذا تعذر رد المبيع إلى البائع بعذر مشروع يحق للمشتري حط الثمن فيقوم المبيع على تقدير تحقق الوصف المرغوب فيه ثم يقوم عارياً عن الوصف فإذا كان النقصان بين القيمتين عشر قيمة المبيع وهو حائز لذلك الوصف طرح من الثمن عشره وإذا كان النقصان خمس قيمته طرح من الثمن خمسه مثلاً إذا كانت قيمة ذلك المال على تقدير اتصافه بالوصف المرغوب فيه مائة قرش وكانت قيمته وهو خال منه ٧٥ قرشاً وكان ثمن المبيع ١٢٠ قرشاً فبعملية التناسب الآتية ١٠٠/٧٥ = س/١٢٠ = ٩٠/١ = ٩٠ فإذا طرح ذلك المقدار من الثمن يبقى ٩٠ فإذا كان رد المبيع غير ممكن وكان المشتري أوفى الثمن فله أن يسترد ٣٠ قرشاً من الثمن وإذا كان لم يوف الثمن يدفع الثمن إلى البائع بنقص ٣٠ قرشاً أي يدفع له ٩٠ قرشاً بدلاً من الثمن المسمى الذي هو مائة وعشرون قرشاً «بحر». «أنظر المادة ٣١٠».

لأن البائع قد عجز عن تسليم المبيع إلى المشتري متصفاً بالوصف المرغوب فيه المشروط وعلى هذا إذا سلم المشتري الثمن تاماً إلى البائع فله استرداد المقدار الذي يجب حطه من الثمن «أنظر المادة ٩٧».

النوع الثاني ما يشرط اتصافه بوصف مرغوب فيه عرفاً.

مثال ذلك إذا اشترى شخص بقرة وظهر بعد الشراء أنها غير حلوب فإذا كان من المتعارف أن شراء تلك البقرة إنما هو لكونها حلوباً فللمشتري أن يردها أما إذا كان شراؤها للذبح فليس له ذلك «أنظر المادة ٤٢ وشرحها».

الاختلاف في اشتراط الوصف المرغوب فيه - إذا اختلف المتبايعان في اشتراط الوصف المرغوب فيه فادعى المشتري اشتراطه وأنكر البائع فالقول للبائع مع يمينه لأنه منكر حق الفسخ والبينة على المشتري لأنه مدع حق الفسخ وكذلك إذا اختلفا فادعى المشتري أنه اشترط أن يكون الثوب الذي اشتراه نسيج الشام وزعم البائع أنه إنما اشترط أن يكون الثوب نسيج البلد فالقول للبائع وكذلك إذا ادعى المشتري بعد قبضه الثوب الذي اشتراه أو قبله أنه اشتراه على أن يكون عرضه ذراعين وطوله تسعاً فقال البائع انه إنما اشترط أن يكون العرض ذراعاً والطول سبعاً فالقول للبائع مع يمينه «رد المحتار».

القسم الثاني من خيار الوصف ما يثبت بلا شرط وذلك كما إذا اشترى شخص مالاً فيه وصف مرغوب فيه فزال ذلك الوصف قبل تسليم ذلك المال إلى المشتري فالمشتري مخير لأن المشتري مستحق أن يتسلم المبيع على الصفة التي كان عليها حين عقد البيع فإذا زال ذلك الوصف قبل القبض يكون المبيع قد تغير فلذلك يحق للمشتري فسخ البيع.

﴿المادة ٣١١﴾ خيار الوصف يورث مثلاً لو مات المشتري الذي له خيار الوصف فظهر البيع خالياً من ذلك الوصف كان للواصف حق الفسخ.

لأن المبيع الذي يجب أن يكون فيه الوصف ينتقل إلى الوارث فينتقل أيضاً خيار الوصف الذي في ضمنه إلى الوارث ويكون الوارث في ذلك خلفاً للمورث فيحق له كمورثه أن يفسخ البيع ويرد المبيع أو يقبله بجميع الثمن المسمى نعم ان الأوصاف لا تورث إلاّ أن خيار الوارث لم يكن بطريق الارث بل بكونه خلفاً للمورث «رد المحتار» يعني أن الخيار لا ينتقل في الحقيقة بل كما أن المورث يستحق المبيع متصفاً بالوصف المرغوب فيه فالوارث أيضاً بكونه خلفاً للمورث يستحق المبيع بحيث يكون متصفاً بذلك الوصف فإذا وجد في استحقاقه نقصان فله حق الرد فإذا ظهر للمشتري أن المبيع خال من ذلك الوصف المرغوب فيه ثم مات المشتري قبل أن يفسخ البيع أو يجيزه فوارثه مخير أما إذا كان الورثة متعددين فأجاز بعضهم وفسخ بعضهم فبما أن ذلك موجب للشركة في المبيع والشركة مجلبة للضرر فالظاهر أن البيع لا ينفذ في حق الوارث المجيز ما لم يرض البائع بذلك.

﴿المادة ٣١٢﴾ المشتري الذي له خيار الوصف إذا تصرف بالمبيع تصرف الملاك بطل خياره.

ويصير البيع لازماً «بحر». «أنظر المادة ٥٨». والتصرف على وجه التملك أي تصرف المالك في ملكه قد سبق بيانه في المادة «٤٠٤» ويفهم من ذلك أن خيار الوصف لا يجب استعماله فوراً يعني لا يكون المشتري مجبراً على المسارعة إلى فسخ البيع حينما يظهر له خلو المبيع عن الوصف المرغوب فيه بل له أن يفسخ البيع بعد مدة.

أما إذا تصرف بعض ورثة المشتري المتوفي الذي له الخيار فالظاهر أن الحكم كما تقدم آنفاً في المادة السابقة أي إذا لم يقل البائع فلا ينفذ البيع في حصة الوارث المجيز فعلاً.

الفصل الثالث

في حق خيار النقد

النقد هنا إعطاء ثمن الشيء والنقد أيضاً إعطاء النقد.

خلاصة الفصل:

١ - يكون خيار النقد للبائع وللمشتري.
٢ - يجب تعيين المدة في خيار النقد.
٣ - يفسد البيع في خيار النقد إذا لم يؤد الثمن في المدة المعينة.
٤ - خيار النقد لا ينتقل إلى الوارث بوفاة المشتري.

﴿المادة ٣١٣﴾ إذا تبايعا على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا وإن لم يؤده فلا بيع بينهما صح البيع وهذا يقال له خيار النقد.

«أنظر المادة ٨٣ وشرح المادة ١٨٨» كما يشترط للمشتري خيار النقد يشترط للبائع أيضاً.

والبيع بخيار النقد يكون مشروطاً فيه إقالة فاسدة معلقة على شرط وبما أن الإقالة الصحيحة التي يشترط فيها البيع فاسدة فيكون البيع الذي تشترط فيه الإقالة الفاسدة فاسداً بطريق الأولى فالقياس يوجب عدم جواز البيع الذي يشترط فيه خيار النقد إلا أنه جوز استحساناً ووجه الاستحسان الاحتراز من مماطلة المشتري لأن المشتري إن لم يدفع الثمن فالحاجة تمس إلى فسخ البيع «أنظر مادة ٢٠» ومقتضى هذه المادة أنه إذا عقد البيع بخيار النقد فللمشتري دفع الثمن وإمضاء البيع وفسخ البيع وعدم دفع الثمن فيكون الخيار ثابتاً للمشتري مع أن الغريب في ذلك أن الذي ينتفع من الخيار إنما هو البائع.

إيضاح شرط البائع ـ إذا سلم المشتري ثمن المبيع إلى البائع واشترط البائع أنه إذا رد الثمن إلى المشتري إلى أجل معين فلا يكون بينهما بيع فالبيع صحيح ويكون المشتري ضامناً للمبيع بقيمته وإذا قبض المبيع وعقد البيع على هذا الوجه فالبائع هو صاحب الخيار وهو القادر على فسخ البيع حتى إذا تصرف البائع بالمبيع المذكور وباعه من الغير يكون تصرفه صحيحاً ويكون تصرف المشتري فيه غير صحيح والغريب في ذلك أنه مع أن الخيار للبائع فالمنفعة تعود على المشتري «بحر. هندية» وفي سائر الخيارات النفع لصاحب الخيار إلا خيار النقد فالأمر فيه بخلاف ذلك إذ الخيار في جانب والمنفعة في جانب كما تقدم.

توضيح القيود: «إلى أجل» يعني يجب تعيين المدة في الصورتين من صور الخيار سواء أكانت تلك المدة يومين أم ثلاثة أم أكثر فإذا لم تبين مدة الخيار مطلقاً كأن يعقد البيع على شرط أنه إذا لم يؤد الثمن بين البائع والمشتري بيع أو ذكرت مدة غير مجهولة كأن يكون الخيار بضعة أيام فالبيع يكون فاسداً له.

﴿المادة ٣١٤﴾ إذا لم يؤد المشتري الثمن في المدة المعينة كان البيع الذي فيه خياراً لنقد فاسداً.

المراد من المدة المعينة ما يعنيه الطرفان في عقد البيع فإذا أدى المشتري الثمن إلى البائع في تلك المدة أصبح البيع صحيحاً ولازماً أما إذا لم يؤد المشتري الثمن في تلك المدة بقي المبيع على حاله فالبيع الذي ينعقد بخيار النقد لا ينفسخ بل يكون فاسداً وإذا كان المبيع في يد المشتري وباعه بعد مرور المدة أو وهبه وسلمه آخر كان تصرفه نافذاً ويضمن المشتري بدله الى البائع. أما إذا لم يكن المبيع في قبضته فتصرفه لا يكون نافذاً (أنظر المادتين ٣٧١ و٣٨٢).

توضيح القيود: (في المدة المعينة) يؤخذ من هذه العبارة أن المشتري إذا لم يؤد الثمن في المدة المعينة بل بعد انقضائها فلا ينقلب البيع إلى الصحة لأنه صار فاسداً بعدم الأداء ولا يرتفع الفساد بعد ذلك (بقي المبيع على حاله) فإذا لم يبقَ على حاله وتصرف فيه المشتري في المدة المعينة قبل نقد الثمن أو تلف في يده أو استهلكه فالبيع يصير لازماً ولا يبقى حق الفسخ فلذلك يجب على المشتري أن يؤدي ثمن المبيع إلى البائع (رد المحتار) لأن البيع بخيار النقد بمنزلة البيع بخيار الشرط أما إذا حصل عيب في المبيع بخيار النقد وهو في يد المشتري بلا تعد ولا تقصير في المدة المعينة ثم انقضت تلك المدة ولم يدفع المشتري إلى البائع ثمن المبيع فالبائع مخير بين أخذ المبيع معيباً وحينئذٍ لا يأخذ شيئاً من الثمن، وترك المبيع للمشتري مع أخذ الثمن أما إذا تلف المبيع في يد المشتري بعد مرور المدة المعينة وقبل أن يؤدي الثمن أو أتلفه هو ضمن قيمته أو بدله للبائع (بزازية). .(أنظر المادة ٣٧١).

﴿المادة ٣١٥﴾ إذا مات المشتري المخير بخيار النقد في أثناء مدة الخيار بطل البيع.

لأن خيار النقد لا ينتقل إلى الوارث لأنه من الحقوق المجردة فلا يورث كخيار الرؤية والتغرير أي إذا توفي المشتري المخير بخيار النقد قبل مرور المدة المعينة للخيار يبطل المبيع وليس للوارث أن يؤدي الثمن ويأخذ المبيع (رد المحتار) ويجب رد المبيع إلى البائع.

الفصل الرابع

في بيان خيار التعيين

١ - إن هذا الخيار يكون في مبيعين أو ثلاثة قيمية ولا يكون في أكثر ولا في مثلي.
٢ - يجتمع خيار التعيين وخيار الشرط.
٣ - يجوز خيار التعيين في البيع الصحيح والفاسد.
٤ - يجب في خيار التعيين تعيين ثمن كل مبيع.
٥ - إذا لم يذكر في البيع بخيار التعيين مثل قول البائع أنت مخير في شراء ما تريده فالبيع فاسد.
٦ - يجب تعيين المدة في البيع بخيار التعيين.
٧ - يكون الطرف المخير خيار التعيين مجبراً على تعيين المبيع عند انقضاء المدة المعينة لكن له أن يفسخ المبيع في ثلاث صور.
٨ - إذا كان خيار التعيين للمشتري ترتب عليه تسعة أحكام وإن كان للبائع ترتب عليه سبعة.
٩ - إن التعيين في خيار التعيين اختياري وضروري والتعيين الاختياري أما تصريحاً وأما دلالة.
١٠ -خيار التعيين ينتقل إلى الوارث.

﴿المادة ٣١٦﴾ لو بين البائع أثمان شيئين أو أشياء من القيميات كل على حدة على أن المشتري يأخذ أيا شاء بالثمن الذي بينه له أو البائع يعطى أيا أراد كذلك صح البيع وهذا يقال له خيار التعيين.

قد جوز هذا الخيار استحساناً وقد قال الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد ببطلان البيع به.

ويثبت للبائع وللمشتري ففي الصورة الأولى من المثال الوارد في هذه المادة يكون المشتري مخيراً وفي الصورة الثانية يكون البائع مخيراً وليس من الضروري اجتماع هذا الخيار وخيار الشرط فقد يوجد خيار التعيين بدون خيار الشرط وقد يجتمعان فإذا اجتمعا ثبت لخيار الشرط حكمه الذي مر في المادة «٣٠١» على حدة كما سبق بيانه في المادة «٣٢٨» وكما يصح خيار التعيين في البيع الصحيح يصح في البيع الفاسد فالمال الذي يعين مبيعاً يكون ضمانه على المشتري ببدله بمقتضى المادة «٣٧١» أما في سائر أحكامه فكأحكامه في البيع الصحيح (هندية) يكون المبيع بخيار التعيين غير معين لأنه أحد إثنين أو ثلاثة والباقي أمانة كما سيفصل في شرح المادة «٣١٨» فعلى هذا الوجه

يكون المبيع مجهولاً فمقتضى القياس فساده إلا أنه جوز استحساناً ووجه الاستحسان أن الخيار قد شرع للاحتياج لدفع الغبن والاحتياج إلى ذلك متحقق في هذا النوع من البيع لأن الإنسان يضطر أحياناً لأخذ رأي من يعتمده فيما يشتريه أو رأي أهله وهذا دليل جواز هذا الخيار للمشتري أما للبائع فهو أن الإنسان قد يرث مالا قيميا ويتسلمه وكيله ولا يعرفه فتمس الحاجة إلى البيع بهذا الشرط «رد المحتار». «أنظر المادة ٣٢» لأن خيار الشرط يرد الأمر إلى الرضاء «ميزان شعراني».

والمقصود من عبارة (بيان قيمة كل مال على حدة) الا يعين الثمن لمالين أو ثلاثة مجموعة بل يجب تعيين ثمن كل من المالين أو الثلاثة على حدة سواءً كانت أثمانها متفقة أم مختلفة وعين المال الذي سيؤخذ أم لا.

إيضاح خيار التعيين للمشتري: إذا قال البائع للمشتري أن هذه البغلة بألف قرش وتلك بثمانمائة وهذه بسبعمائة وقد بعتك بشرط أن تختار التي تريدها منها بثمنه المسمى في مدة ثلاثة أيام فقبل المشتري وكذلك إذا قال البائع بعتك إحدى هذه الثلاث بألف قرش على أن تختار منها أية شئت فقبل المشتري فالبيع صحيح ويكون خيار التعيين في ذلك للمشتري.

إيضاح خيار التعيين للبائع: إذا قال المشتري للبائع قد اشتريت إحدى بغلتيك بألف قرش على أن تكون مخيراً في أن تعطيني أيهما شئت في مدة ثلاثة أيام فقبل البائع فالبيع صحيح وخيار التعيين يثبت للبائع. أما المثليات التي تكون من جنس واحد فلأنها غير متفاوتة فلا يحتاج فيها لخيار التعيين «انظر المادة ٢٢ وشرحها» فإذا باع شخص من آخر ثلاث كيلات حنطة على أن يختار منها المشتري كيلة بثمن كذا أو يدفع البائع إلى المشتري منها كيلة فالبيع غير صحيح.

«أن يأخذ ما يريد» فإذا لم يذكر ذلك في البيع بل قال البائع بعتك أحد مالي أو أموالي الثلاثة وقبل المشتري فلا يكون ذلك بيعاً بخيار التعيين بل بيعاً لمجهول حسب المادة «٢١٣» فاسد.

«إثنين أو ثلاثة» فإذا لا يصح خيار التعيين في أكثر من ثلاثة أموال. لا يكون صحيحاً في أربعة أو خمسة أو أكثر لأن البيع الذي يقع فيه خيار التعيين يكون المبيع فيه مجهولاً وحسب المادة «٢٠٠» مقتضى القياس عدم جواز هذا البيع إلا أنه جوز حسب المادة «٣٢» وبما أنه يوجد في الثلاثة الأموال الأدنى والأوسط والأعلى فلا حاجة إلى الأكثر من ذلك فلا يجوز خيار التعيين في أكثر من ثلاثة «رد المحتار». (أنظر متن المادة ٢٢ وشرحها).

لاحقة: وهذه المادة تبين أن خيار التعيين يكون للبائع وللمشتري ولكن هل يجوز أن يشترط خيار التعيين للبائع وللمشتري معاً انني لم أجد نصاً في الكتب الفقهية في ذلك ولكن رأيي أنه يجوز شرط خيار التعيين للطرفين معاً لأنه ما دام يجوز اشتراطه لكل من الطرفين على حدة فيجوز شرطه للإثنين معاً لأنه يكون خيّاراً مركباً من جائزين.

والحكم في خيار الشرط أيضاً على هذا الوجه فلذلك إذا شرط خيار الشرط للبائع وللمشتري معاً فإذا ألزم البائع المشتري أحد المبيعات وقبله المشتري يتم البيع ويكون لازماً أما إذا لم يقبل

المشتري ما ألزمه به البائع وطلب خلافه فللبائع أن يمتنع من ذلك وبذلك يصبح البيع بلا حكم وكذلك إذا اختار المشتري مبيعاً واحداً من المبيعات المتعددة وقبل البائع بذلك تم البيع وأصبح لازماً أما إذا لم يسلم البائع بالمبيع الذي اختاره المشتري وأراد أن يسلم غيره فللمشتري أن يمتنع عن قبول ذلك وبذلك يصبح البيع بلا حكم مطلقاً.

﴿المادة ٣١٧﴾ يلزم في خيار التعيين تعيين المدة

سواء أكان معه خيار شرط أم لا لأنه إذا لم تعين مدة فالطرف المعين يماطل في تعيين المبيع ويلحق بذلك ضرر للطرف الآخر فمن الواجب تعيين المدة لدفع هذا الضرر حتى يتأتى إجبار الطرف المخير على تعيين المبيع بعد مرور المدة ولا يجبر من له الخيار على تعيين المبيع قبل مرور المدة سواء أكانت المدة يومين أم ثلاثة أم أكثر «أنظر شرح المادة ٣٠٠» مثال ذلك إذا قال المشتري للبائع اشتريت أحد بغالك الثلاث هذه بألف قرش على أن أعين منها ما أريده في مدة خمسة أيام فقبل المشتري ذلك فالمدة قد تعينت وعلى هذا الوجه يجب تعيينها والبيع بخيار الشرط من غير تعيين مدة غير جائز.

﴿المادة ٣١٨﴾ من له خيار التعيين يلزم عليه أن يعين الشيء الذي يأخذه في انقضاء المدة التي عينت .

وليس له فسخ البيع في الجميع ما لم يكن مع خيار التعيين خيار شرط أو يتعين أحد المبيعات أو جميعها كما سيفصل ذلك فيما يأتي ففي هاتين الصورتين يحق للمشتري فسخ البيع في الجميع يعني إذا كان المشتري مخيراً بخيار التعيين وخيار الشرط فللمشتري في مدة خيار الشرط أن يرد جميع المبيع حتى لو اختار أحدها وعينه على أن يكون مبيعاً «مجمع الأنهر. بحر» لأن واحداً منها أو اثنين امانة فيرد أو يردان كالأمانة والآخر مخير فيه بخيار الشرط فيرده بهذا الخيار «أنظر المادة ٣٠١» لكن إذا سقط خيار الشرط بمرور المدة أو موت المشتري فالبيع يكون لازماً في أحد المبيعات ويجبر المشتري على التعيين «أنظر المادة ٣٠٥» وإذا كان المشتري مخيراً بخيار الشرط فلذلك تسعة أحكام:

الأول: الذي تقدم.

الثاني: إذا تلف أحد المبيعات المتعددة في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري فلا يبطل البيع ولا ينفسخ لأن المبيع موجود يقيناً وفي كون الهالك المبيع شك وبما أنه لا يرتفع الشك بالتعين حسب المادة (٤) فإذا تلف أحد المبيعات تعين أن أحد الباقين هو المبيع وكذلك إذا كان المبيع إثنين وتلف أحدهما قبل القبض فالباقي يتعين مبيعاً لكن إذا كان الباقي اثنين من ثلاثة فعلى هذا التقدير لا يكون المشتري مجبراً على قبول أحدهما فله أن يقبله بثمنه المسمى وله أن يتركها لأن المشتري كان سينتقي مالاً واحداً من ثلاثة أو من اثنين فيتلف أحد هذه المبيعات قبل القبض فات غرض المشتري «هندية».

الثالث: إذا تلف جميع المبيعات قبل القبض فمقتضى المادة (٢٩٣) بطلان البيع وانفساخه.

الرابع: إذا تعيب أحد المبيعين قبل القبض فالمشتري مخير فله تركهما جميعاً وله أن يأخذ السليم أو المعيب بثمنه المسمى وكذلك إذا تعيب جميع المبيعات قبل القبض فالحكم في ذلك على ما تبيّن.

الخامس: إذا هلك أو تعيب أحد المبيعات في يد المشتري بعد القبض فما هلك أو تعيب يتعين مبيعاً ويجب إيفاء ثمنه المسمى لأنه أصبح من الممتنع رده إلى البائع وبما أن باقي المبيعات أصبح أمانة في يد المشتري فإذا تلف في يد المشتري بلا تعد ولا تقصير فلا ضمان عليه «أنظر شرح المادة ٧٦٨» وإذا تلف مالاً في يد المشتري في وقت واحد ولم يعلم أيهما تلف قبل الآخر فالمشتري يضمن نصف ثمن المالين «زيلعي» وكذلك إذا تلف ثلاثة مبيعات في يد المشتري على الوجه المشروح يضمن المشتري ثلث ثمن الجميع لأنه لا مرجح لكون أحدهما أو أحدها مبيعاً دون الآخر أو الآخرين فصفة الأمانة والبيع تصبح شائعة في الجميع مثلاً إذا قبض المشتري ثلاثة أموال ثمن أحدهما ثلاثمائة قرش والثاني أربعمائة والثالث خمسمائة ببيع فيه خيار التعيين فتلفت في يد المشتري تلك الأموال الثلاثة ولم يعلم أيها تلف قبل الآخر فالمشتري يضمن أربعمائة قرش وأثر هذا الحكم يظهر فيما إذا كان تفاوت بين أثمان المبيعات المتعددة أما إذا كانت أثمان المبيعات متساوية فلا يظهر أثر هذ الحكم ويؤدي المشتري ثمن أحدها «الفتح. مجمع الأنهر» وإذا تعيب إثنان معاً بقي خيار التعيين على حاله وله أن يرد أحدهما لا كليهما ولو كان للمشتري خيار شرط أيضاً «أنظر المادة ٣٠٩» إلا أنه إذا زاد عيب أحدهما على الآخر أو حدث فيه عيب آخر بعد أن تعيبا معاً فما زاد أو حدث فيه العيب الآخر يتعين مبيعاً «هندية».

السادس: إذا اشترى شخص ثوبين على أن يكون له خيار التعيين فتلف أحدهما وقطع الآخر قميصاً فقال المشتري اخترت الذي قطعته وتلف الآخر وأنا فيه أمين فلا ضمان عليَّ وقال البائع لا بل اخترت الذي تلف ثم قطعت الآخر فعليك قيمة الذي قطعت مع ثمن الذي تلف فإن المشتري ضامن نصف ثمن الذي ضاع ونصف ثمن الذي قطع.

السابع: إذا اختلف البائع والمشتري في أي مال تلف قبل من الإثنين أو الثلاثة فأيهما أقام منهما البينة قبلت منه وإن أقاماها معاً رجحت بينة البائع وإذا لم يقم واحد منهما البينة فالقول للمشتري مع يمينه «أنظر المادة ٨» (هندية).

الثامن: إذا تعيب المالان بعد القبض على التعاقب فالذي تعيب المبيع والذي يتعيب يرد إلى البائع فإذا تعيب ثانياً ما تعيب بلا تعد ولا تقصير فلا يجب ضمان نقصان قيمته «هندية».

التاسع: إذا تصرف المشتري في أحد الأموال المقبوضة تصرف المالك تعين المتصرف فيه مبيعاً ولزم المشتري الثمن المسمى ويكون المال الآخر أو المالان أمانة في يده ولو تصرف فيهما معاً تصرف

الملاك بقي على خياره وكان له أن يمسك أيهما شاء ويرد الآخر وليس له رد الإثنين (هندية) ما لم يكن في البيع خيار شرط.

إذا كان المخير بخيار التعيين هو البائع يجري في ذلك الأحكام السبعة الآتية:

الأول: إن البائع مجبر على أن يعين ما يريده مبيعاً من المالين أو الثلاثة التي باعها بخيار التعيين وليس فسخ البيع في جميع المبيع ما لم يكن له خيار الشرط مع خيار التعيين وللبائع أن يلزم البائع بواحد من تلك المبيعات وليس للمشتري أن يمتنع عن قبول ما يلزم به البائع لأن المبيع من جانب المشتري بات لكن ليس للبائع أن يلزم المشتري بالمبيعين معاً لأن المبيع واحد فقط.

الثاني: أنه لا ينفسخ البيع إذا تلف مبيع أو مبيعان من ثلاثة سواء أكان التلف قبل القبض أم بعده لأن المبيع ثابت يقيناً وموجود وتردد الحكم بين أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع وان يكون غيره فلا يبطل شك لا يزول به ما هو ثابت يقيناً فإن اليقين لا يزول بالشك حسب المادة (٤) إذا تلف أحد المبيعات في يد البائع بقي البائع على خياره لأن له أن يقول كنت أريد أن أعين التالف مبيعاً وقد فاتني ذلك الآن وليس للمشتري أن يمتنع عن قبول ما يلزمه به البائع بزعم أنه كان يريد أن يعين الهالك مبيعاً لأن المشتري لم يكن مخيرا في البيع.

الثالث: إذا تعيب جميع المبيعات قبل التسليم فلا ينفسخ البيع إلا أن المشتري يكون مخيراً فله أن يقبل المبيع الذي يلزمه به البائع بثمنه المسمى وله أن يتركه بسبب خيار العيب.

الرابع: إذا تعيب بعض المبيعات قبل التسليم فلا ينفسخ البيع أيضاً وينظر بعدئذ فإن كان البائع ألزم المشتري بالمبيع الخالي من العيب فالمشتري مجبر على قبوله وليس له أن يمتنع عن القبول بحجة أنه كان يرغب في المال المعيب وأن ذلك المال قد تعيب فلا يريد أخذ شيء منه لأنه ليس للمشتري بذلك خيار تعيين أما إلزام البائع المشتري بالمبيع المعيب فالمشتري مخير له قبوله بثمنه المسمى وله رده بخيار العيب (أنظر شرح المادة ٢٩٣) ولكن إذا ألزم البائع المشتري بالمعيب فأبى المشتري قبوله فليس للبائع بعد ذلك إلزامه بالخالي من العيب لأن خيار التعيين قد انتهى باستعماله مرة واحدة.

الخامس: إذا تلف جميع المبيعات قبل التسليم يصبح البيع منفسخاً وباطلاً بحسب المادة ٢٩٣.

السادس: إذا تلفت المبيعات بعد التسليم في يد المشتري ينظر فإن كان وقوع التلف على التعاقب أي تلف أحدهما عقب الآخر فما يهلك أولاً يكون أمانة وما تلف ثانياً يضمن المشتري قيمته وإذا تلفا معاً يضمن نصف قيمتهما.

السابع: إذا تعيب جميع المبيعات أو بعضها بعد القبض بقي البائع كما كان مخيراً وله أن يلزم المشتري بما يريده من المال فعلى هذا التقدير إذا كان المال الذي ألزم به المشتري غير المعيب

فالمشتري مجبر على قبوله وإذا كان قد ألزمه بالمال المعيب فإن كان عيبه حصل بعد القبض كان المشتري أيضاً مجبراً على قبوله.

والتعيين على نوعين، الأول: تعيين اختياري والثاني: ضروري. فالاختياري إما ان يكون تصريحاً كقول المشتري المخير قد اخترت هذا المبيع أو أردته أو رضيت به أو أجزته وبذلك يكون المشتري قد أسقط خياره صراحة وكذلك إذا كان المخير البائع وقال قد ألزمت هذا المبيع إلى المشتري أو عينت هذا مبيعاً فيكون ذلك تعيين صراحة وإما أن يكون التعين الاختياري دلالة مثلاً إذا كان المشتري مخيراً وبعد أن استلم المبيع فعل به فعلاً يدل على رضاه به أو عيب إحدى المبيعات فيبطل خيار التعيين ويصبح البيع لازماً في ذلك المبيع فلذلك إذا تصرف البائع المخير بخيار التعيين في أحد المالين تصرف الملاك فيتعين الآخر مبيعاً.

والتعيين الضروري كما إذا هلك أحد المبيعات في يد المشتري بعد القبض بلا تعد ولا تقصير أو تعيب خيار فيها إذا كان للمشتري خيار في تلك المبيعات فقد وقع التعيين ضرورياً في ذلك المال كما سبق تفصيله.

وإذا اختلف في التعيين من المبيع المتعدد المتفاوت الثمن كما إذا اشترى شخص من آخر ثوباً هندياً بعشرين قرشاً وآخر بأربعين على أن له خيار التعيين فصبغ أحدهما وعين المبيع على هذا الوجه ورد الآخر فقال البائع أن الثوب الذي صبغته وعينته مبيعاً هو الذي ثمنه أربعون قرشاً فقال المشتري ان الثوب الذي صبغته هو الذي ثمنه عشرون قرشاً فالقول للمشتري (أنظر المادة ٨) أما إذا لم يصبغ المشتري الثوب بل قطعه وجرى الاختلاف بينه وبين البائع بعد ذلك فللبائع أن يأخذ الثمن الذي ادعاه أو الثوب المقطوع كما هو الحال فيما لو كان مصبوغا.

﴿المادة ٣١٩﴾ خيار التعيين ينتقل إلى الوارث مثلاً لو أحضر البائع ثلاثة أثواب أعلى وأوسط وأدنى من جنس واحد وبين لكل منها ثمناً على حدة وباع أحدها لا على التعيين على أن المشتري في مدة ثلاثة أو أربعة أيام يأخذ أيها شاء بالثمن الذي تعين له وقبل المشتري على هذا المنوال إنعقد البيع وفي انقضاء المدة المعينة يجبر المشتري على تعيين أحدها ودفع ثمنه فلو مات قبل التعيين يكون الوارث أيضاً مجبراً على تعيين أحدها ودفع ثمنه من تركة مورثه.

سواء أكان المخير بخيار التعيين البائع أو المشتري فبوفاة المخير منهما يقوم وارثه مقامه في المواد المتعلقة بخيار التعيين لأنه كما يحق لصاحب المال أن يعين ماله ويميزه من مال غيره المختلط به بغير رضاه يحق لوارثه بعد وفاته أن يميز ويعين ماله الموروث يعني لا يثبت خيار التعيين للوارث بطريق الوراثة بل باختلاط ملكه بملك الغير (عيني).

والفقرة الأولى من المثال مثال للفقرة الثانية من المادة (٣١٦) وللمادة (٣١٣) لا لهذه المادة وإنما ورد استطراداً والمثال الحقيقي لهذه المادة الفقرة الأخيرة.

فإذا توفي المشتري والذي له خيار التعيين قبل التعيين فلوارثه أن يعين أحد المبيعين أو الثلاثة عند مرور المدة المعينة ويكون مجبراً على هذ التعيين وعلى أداء الثمن من تركة مورثه وليس له أن يرد المبيعين والثلاثة حتى ولو كان للمورث خيار شرط مع خيار التعيين لأن خيار الشرط يبطل بوفاة المورث حسب المادة (٣٠٦) ويبقى خيار التعيين (أبو السعود) وهذا المثال الوارد في المجلة لخيار التعيين للمشتري ويؤخذ للبائع من هذا المثال.

الفصل الخامس

في حق خيار الرؤية

يثبت خيار الرؤية في الشراء الصحيح وذلك على وجوه أحدها أن يشتري شخص سلعة لم يرها. الثاني: أن يرى بعض ما اشتراه صفقة واحدة من أشياء متفاوتة. الثالث: أن يشتري الأعمى شيئاً لا يعرف وصفه.

ويثبت هذا الخيار أيضاً في الاجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على عين.

ولا يثبت فى أمور أحدها: الديون. الثاني: النقد. الثالث: ما قبل رؤية المبيع. الرابع: للبائع. وكذلك لا يثبت فيما بيع بعد رؤية عينته الثاني الدار التي تكون غرفها متماثلة ويرى المشتري غرفة منها الثالث فيما يعلم باللمس أو الشم أو الذوق بعد لمسه أو شمه أو ذوقه. الرابع: فيما يشترى بعد أن يرى بقصد الشراء قبل. وكذلك يسقط خيار الرؤية بتصرف المشتري بالمبيع تصرف الملاك أي بالرضا الفعلي. الثاني: بالرضا القولي. الثالث: بحدوث العيب فيما اشترى وقبض قبل الرؤية. الرابع: برؤية الوكيل بالشراء. الخامس: برؤية الوكيل بالقبض. السادس: برؤية الوكيل بالنظر يسقط خيار الموكل. السابع: بتعذر رد المبيع. ولا يسقط خيار المرسل برؤية المرسل للشراء الثاني: برؤية الرسول للقبض. الثالث: برؤية الوكيل بالرؤية ولا ينتقل خيار الرؤية إلى الوارث وتختلف الرؤية بتبدل المبيع ولأسباب سقوط الرؤية تقسيم آخر وذلك أن أسباب السقوط إما اختيارية كالتصرف بالمبيع تصرف الملاك وإما ضرورية كتعيب المبيع أو تلفه.

وإضافة (خيار) إلى (الرؤية) من إضافة الشيء إلى شرطه لأن الرؤية شرط لثبوت الخيار (عبد الحليم) ويثبت خيار الرؤية بغير شرط ولا توقيت ويمنع لزوم الملك يعني أن خيار الرؤية ليس موقتاً بمدة فإذا لم تقع الأسباب المبطلة لخيار الرؤية بقي خيار الرؤية للمشتري ما بقي المشتري في قيد الحياة لأن النص الذي ثبت هذا الخيار مطلق وعلى ذلك إذا رأى المشتري المبيع وصمت ومضى زمن يمكن فيه الفسخ فلا يسقط بذلك خيار الرؤية (أنظر المادة ٦٧ . طحطاوي. رد المحتار).

وخيار الرؤية لا يختص بالبيع بل يجري في كل عقد محتمل للفسخ يتملك به عين كالإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال على عين كما تقدم لأن ذلك معاوضة أما المهر والقصاص وبدل الصلح عن مخالفة فليس فيها خيار رؤية فإذا زوجت امرأة نفسها بمهر عين من غير أن تراه فليس لها خيار رؤية عند رؤية هذه العين وكذلك إذا تصالح ورثة المقتول عن دعوى القصاص على عين لم يروها فليس لهم خيار الرؤية عند رؤيتها وكذلك إذا خالع الزوج زوجته على عين من غير أن يراها

فليس له خيار عند رؤيتها.

﴿المادة ٣٢٠﴾ من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار حتى يراه فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية.

إذا اشترى شخص مالا مثلياً أو قيمياً بغير أن يراه حين الشراء أو قبله فالشراء صحيح حسب المادة (٢٠١) إذا كان ذلك المال قد عرفه المشتري بالوصف أو التعريف أو الإشارة إلى مكانه الخاص إلا أنه غير لازم والمشتري مخير فيه حتى يراه حتى لو اشترى شخص مالاً بشرط ألا يكون له خيار رؤية فلا يبطل خيار الرؤية ويبقى ثابتاً للمشتري (أنظر شرح المادة ٨٣).

وتقول الكتب الفقهية (مخير عند الرؤية) وبين ذلك وقول المجلة (حتى يراه) فرق فإن تعبير المجلة يفيد ثبوت خيار الرؤية قبل الرؤية وتعبير الفقهاء يفيد ثبوته وقت الرؤية والحقيقة أن خيار الرؤية لا يثبت قبل الرؤية بل وقتها وإن كان للمشتري أن يفسخ البيع قبل الرؤية إلا أن هذا الحق لا يسبب خيار الرؤية لأنه إنما نشأ من كون العقد المذكور غير لازم ومن حق أحد الطرفين الذي لا يعد العقد لازماً بالنظر إليه أن يفسخ هذا العقد فلو قالت المجلة (هو مخير عند الرؤية) لكان أوفى بالمقصود وادفع للوهم وسوء الفهم.

فإذا أخذ المشتري المال بغير حائل يعني إذا وقف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع حسب المادة (٣٢٣) فله أن يفسخ البيع بشرط أن يعلم البائع ويترك المبيع فالمخير بخيار الرؤية له فسخ المبيع عند رؤية البيع ولو كان وصياً أو وكيلاً واشترى المال بأنقص من قيمته بالوكالة أو الوصاية إلا أنه إذا اشترى شخص مالاً لم يره فنقله إلى محل آخر ثم أراد رده بخيار الرؤية فله أن يرده إذا أعاد المبيع إلى المكان الذي وقع فيه البيع وإلاَّ فليس له أن يرده سواء أكان النقل المذكور يزيد في قيمة المبيع أم ينقص فيه (رد المحتار) إن رد المبيع بخيار الرؤية فسخ للبيع سواء أكان المبيع مقبوضاً أم غير مقبوض وهذا الفسخ لا يتوقف على حكم الحاكم أو رضا البائع حتى لو أن المشتري المخير أمر البائع ببيع المبيع لآخر قبل الرؤية والقبض ينفسخ البيع فعلى هذا إذا باع البائع المبيع من شخص آخر فثمن المبيع يعود إلى البائع أما إذا قال المشتري للبائع بع المبيع بالوكالة عني فإن لم يجبه البائع بالقبول لا ينفسخ البيع (أنظر شرح المادة ١٩١).

أيضاح القيود - «بشرط أن يعلم البائع» أنه وإن كان المشتري منفرداً بحق فسخ البيع بخيار الرؤية إلا أنه لا يصح الفسخ بدون علم البائع لأنه إن لم يعلم البائع بالفسخ لا يتحرى مشترياً آخر ظناً منه أن المشتري قبل البيع فيتضرر من ذلك «أنظر المادة ١٩» فعلى هذه الصورة إذا فسخ المشتري البيع من غير أن يعلم البائع فلا يكون لهذا الفسخ حكم وللمشتري أن يجيز البيع بعد ذلك.

وإذا فسخ المشتري البيع بخيار الرؤية فمؤونة إعادة المبيع المقبوض ونفقته على المشتري «رد

المختار الطحطاوي» وليس للبائع خيار رؤية بوجه من الوجوه إلا إذا كان مشترياً من وجه وبائعاً من وجه آخر فمن جهة كونه مشترياً يثبت له خيار الرؤية في المال الذي اشتراه كبيع المقايضة مثلاً إذا قايض شخص آخر فأعطاه داراً وأخذ منه حنطة فلكل من هذين المتقايضين خيار الرؤية في المال الذي اشتراه لأن كلا منهما مشتر للمال الذي قصده من الآخر حتى لو أن شخصاً باع ماله بدين وعين لم يرها وفسخ البيع حينما رأى العين فالبيع ينفسخ بحصة العين ويبقى في حصة الدين.

مثال ذلك: لو باع شخص حصانه بخمسمائة قرش وببغلة لم يرها ثم عندما رأى البغلة ردها فالبيع في حصة البغلة منفسخ وفي خمسمائة القرش لازم لأنه خيار في الدين «هندية. عبد الحليم» لكن في هذه الصورة الظاهر أن البائع يكون مخيراً فله أن يقبل البيع بالحصة في الحصان وله عدم قبول البيع لحصول الشركة في الحصان ولصاحب خيار الرؤية عند رؤية المبيع أن يقبله بحضور البائع أو في غيبته بجميع الثمن المسمى ولا يشترط في قبول المشتري المبيع على هذا الوجه حضور البائع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية «الهندية. رد المحتار» سواء أظهر المبيع على الحال الذي وصف وعرف به المشتري أم كان مخالفاً بأن يكون أدنى منه أو أعلى منه.

ففي الصور الثلاث خيار المشتري خيار الرؤية «هندية».

أما العين التي تكون في الذمة والدين فليس فيهما خيار رؤية كالدراهم والدنانير والمسلم فيه.

المثلي - أما المكيلات والموزونات المعينة فلأنها من الأعيان يجري فيها خيار الرؤية فإذا كانت غير معينة فلا يجري فيها ذلك كالدراهم والدنانير بلا حائل أما الرؤية من وراء ستار فغير كافية فلو رأى شخص شيئاً في جام أو منعكساً في المرآة أو على الماء فلا يكون رؤيته رؤية للمبيع فحينما يراه رؤية حقيقية يكون مخيراً حسب المعتاد وكذلك رؤية الحنطة والفول والأرز في سنابلها والسمسم في قشره واللوز والفستق في قشرته العليا لا تسقط خيار الرؤية «أنظر شرح المادة ٢٠٦» إلا أنه لا يثبت خيار الرؤية في المسألتين الآتيتين:

(١) الوكيل في شراء شيء معين إذا اشترى ذلك الشيء بدون أن يراه فليس لذلك الشخص خيار رؤية «رد المحتار».

(٢) إذا اشترى شخص مالاً لم يره وقبضه بدون أن يراه أيضاً وحدث فيه عيب وهو في يده فليس له أن يرد المبيع بخيار الرؤية «هندية».

إن قبول المبيع إما أن يكون بالتصريح كقول المشتري بعد رؤية المبيع قد رضيت به أو أجزته وما أشبه ذلك من ألفاظ الرضا والقبول.

وإما أن يكون دلالة كأن يقبضه أو رسوله أو يؤدي ثمنه إلى البائع أو يعرض بعضه للبيع بعد رؤيته فيسقط خياره «هندية» كذلك إذا اشترى شخص داراً بدون أن يراها فقال عندما رآها للحاضرين إشهدوا إني اشتريت هذه الدار يسقط خياره لأن الإشهاد يدل على تقرير الملك وذلك مسقط لخيار الرؤية «أنظر المادة ٣٣٥». «بزازية».

وثبوت خيار الرؤية معلق على رؤية المبيع ولا يثبت خيار الرؤية للمشتري قبل الرؤية لأن المعلق على شيء لا يثبت قبل تحقق ذلك الشيء «أنظر شرح المادة ٨٢» ويرد علينا الاعتراض الآتي:

وهو أنه كان يجب ألا يفسخ المشتري البيع قبل الرؤية لأنه لا يكون قبل السبب لكن قد جوز للمشتري فسخه قبل الرؤية والجواب أن جواز فسخ المشتري للبيع ناشئ عن عدم لزوم البيع فعلى ذلك لو قال المشتري قبل الرؤية رضيت بالمبيع أو أسقطت خيار الرؤية فلا يسقط خياره وعندما يرد المبيع يكون مخيراً وكذلك لو اشترى شخص من آخر داراً بدون أن يراها وبعد الشراء أبرأه من الدعاوى كلها فلا يكون ذلك مانعاً من ثبوت خيار الرؤية عند رؤيته المبيع فيحق له عندما يرى تلك الدار أن يفسخ البيع بخيار الرؤية «أنظر المادة ١٥٦٣».

الاختلاف في وقت الرضاء: إذا اختلف المتبايعان في وقت الرضا فقال البائع إن المشتري رأى المبيع بعد الشراء ورضي به وسقط خياره وقال المشتري انه رضي به قبل رؤيته وان خياره باق فالقول للمشتري بيمينه أما إذا رضي المشتري فعلاً بأن تصرف بالمبيع قبل الرؤية يسقط خياره وليس له رد المبيع عند رؤيته (أنظر شرح المادة ٣٣٦).

الاختلاف في تعيين المبيع - إذا ادعى البائع بعد رد المبيع إليه بخيار الرؤية أن الذي رده ليس الذي باعه منه وقال المشتري بل هو المبيع عينه فالقول للمشتري (الملتقى. البهجة. مجمع الأنهر. رد المحتار).

﴿المادة ٣٢١﴾ خيار الرؤية لا ينتقل إلى الوارث فإذا مات المشتري قبل أن يرى المبيع لزم البيع ولا خيار لوارثه.

يعني إذا توفي المشتري المخير قبل أن يفسخ أو ينفذ البيع فلا ينتقل خيار رؤيته إلى ورثته لأن خيار الرؤية وصف مجرد إذ هو عبارة عن مشيئة وإرادة فلا يمكن انتقاله إلى الوارث الثاني ان خيار الرؤية قد ثبت للعاقد بحسب النص والوارث ليس بعاقد فإذا توفي المشتري الذي اشترى مالاً بدون أن يراه قبل أن يسقط خياره بوجه من الوجوه أصبح البيع لازماً وملك وارث المشتري ذلك المال بدون أن يكون مخيراً بخيار الرؤية.

﴿المادة ٣٢٢﴾ لا خيار للبائع ولو كان لم ير المبيع مثلاً لو باع رجل مالاً دخل في ملكه بالإرث وكان لم يره إنعقد البيع بلا خيار للبائع.

البائع الذي يبيع ماله بثمن سواء أكان بصيراً أم أعمى فلو باع البائع مالاً على أنه معيب فظهر سليماً لا يثبت للبائع خيار الرؤية لأن عثمان بن عفان (رضي الله عنه) باع أرضه في البصرة من طلحة بن عبد الله فقال بعض الناس لعثمان انك غبنت وقال بعضهم لطلحة انك غبنت فقال عثمان أنا بالخيار لأني بعت ما لم أره وقال طلحة إني بالخيار لإني اشتريت ما لم أره فحكم بينهما جبير بن مطعم لفصل النزاع بينهما فحكم بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضور الصحابة رضى الله

عنهم أجمعين (أبو السعود) وإذا تقايض الطرفان بمال لم يرياه فلهما خيار الرؤية عند رؤية ذلك المال (أبو السعود شرنبلالي) كما أنه ليس للبائع خيار الرؤية في المبيع فإذا كان الثمن ديناً فليس للبائع أيضاً خيار الرؤية بسبب ذلك الثمن (أنظر شرح المادة ٣٢٠) مثال ذلك إذا باع شخص من آخر حصاناً بخمسين كيلة حنطة ثابتة في ذمته ثم دفع المشتري الخمسين كيلة إليه فليس له أن يرد الحنطة بخيار الرؤية أما إذا كان في البيع غبن وتغرير بالبائع فللبائع خيار الغبن والتغرير (أنظر شرح المادة ٢٠٠ والمادة ٣٥٧).

﴿المادة ٣٢٣﴾ المراد من الرؤية في بحث خيار الرؤية هو الوقوف على الحال والمحل الذي يعرف به المقصود الأصلي من المبيع مثلاً الكرباس والقماش الذي يكون ظاهره وباطنه متساويين تكفي رؤية ظاهره والقماش المنقوش والمدرب تلزم رؤية نقشه ودروبه والشاة المشتراة لأجل التناسل والتوالد يلزم رؤية ثديها والشاة المأخوذة لأجل اللحم يقتضي جس ظهرها وأليتها والمأكولات والمشروبات يلزم أن يذوق طعمها فالمشتري إذا عرف هذه الأموال على الصور المذكورة ثم اشتراها ليس له خيار الرؤية.

لأن العلم بالشيء يكون باستعمال إدراك ذلك الشيء والرؤية هنا من عموم المجاز وليست مستعملة في معناها الحقيقي «عبد الحليم. شرنبلالي».

إذ ليس مقصوداً بها الإبصار وليس المقصود رؤية المبيع من جميع جهاته لأن ذلك متعذر «هداية». «أنظر المادة ١٧».

وعلى ذلك لما كان المسك يعرف بالشم والمأكول بالذوق والمزمار بالسمع فشم المسك وذوق المأكول وسماع المزمار رؤية لها حتى أن الطبل والمزمار اللذين يشتريان للجيوش يلزم سماعهما ولا تكفي رؤيتهما وكذلك إذا اشترى شخص مسكاً ورآه بعينه دون أن يشمه أو اشترى بقرة للنتاج ورأى جميع أطرافها إلا أنه لم ير ضرعها أو شاة للذبح ورآها من غير أن يجس كان مخيراً عند شمه المسك ورؤيته ضرع البقرة وجسه ظهر الشاة «هندية» وعلى هذا الوجه إذا اشترى شخص مكيلاً أو موزوناً معدوداً متقارباً فرأى سطح صبرة الحنطة واشترى الصبرة بعد ذلك يسقط خياره لأن سقوط الخيار في الأموال التي لا تفاوت بين أقسامها لا يشترط فيه رؤية الكل وعلامة عدم التفاوت أن يكون من المعتاد بيع ذلك المال اكتفاء برؤية نموذجه إلا أنه إذا ظهر أن أسفل الصبرة دون أعلاها كان المشتري مخيراً بخيار العيب لا بخيار الرؤية «أنظر المادة ٣٢٠». «رد المحتار».

وعند محمد أن رؤية وجه الدابة التي تشترى للركوب كافية وعند أبي يوسف يلزم أن يرى وجهها وكفلها «رد المحتار» ولا حاجة إلى رؤية رجليها أما إذا قال الخبيرون بالدواب يجب رؤية أرجل الدواب لمعرفتها فلا يسقط الخيار بدون ذلك فإذا اشترى إنسان بغلة وبعد أن رأى وجهها

رضي فحينما يرى كفلها يكون مخيراً وكذلك إذا اشترى شخص مسكاً في الظلام بعد أن شمه فليس له خيار رؤية في الصباح حينما يراه وكذلك إذا اشترى طعاماً أو شراباً في الظلام وذاقه فليس له خيار رؤية إذا رآه في النهار حتى لو لم ير ما ذاقه بعينه وكذلك إذا اشترى شخص قفيز أرز من جنس واحد بعد أن رأى أحدهما وتصرف به فإذ رأى الآخر فلا خيار له إلّا إذا كان أرزه دون الأول فالمشتري مخير بخيار العيب «انقروي. هندية. رد المحتار. عبد الحليم». «أنظر المواد ٣٢٤ و٣٢٥ و٣٣٥» وكذلك إذا اشترى شخص ثوباً ذا بطانة فرأى البطانة فقط ينظر فإن كانت البطانة أدون ثمناً من وجه الثوب فلا يكفي ذلك لسقوط خيار الرؤية أما إذا كانت البطانة أغلى قيمة فيكفي ذلك وإذا كان الوجه يفوق البطانة فلا بد من رؤية الإثنين معاً «بزازية» وإذا اشترى المشتري المبيع وقبضه ورآه وصمت فلا يسقط خيار الرؤية «أنظر شرح المادة ٢٢٠» لأنه لا ينسب إلى ساكت قول.

﴿المادة ٣٢٤﴾ الأشياء التي تباع على مقتضى أنموذجها تكفي رؤية الأنموذج منها فقط.

كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والثياب التي تكون نسيج مكان واحد فرؤية الأنموذج منه أو بعضه تكفي لسقوط خيار الرؤية لأن المقصود معرفة صفة المبيع فبرؤية الأنموذج يحصل ذلك وقد جرى العرف بذلك «أنظر المادة ٤٥».

فعلى هذا إذا اشترى شخص شيئاً من ذلك بعد رؤية أنموذجه فليس خيار رؤية عند رؤية الباقي ما لم يكن الباقي أدنى من الأنموذج أو من البعض الذي رؤي فيكون مخيراً بخيار العيب «الملتقى. مجمع الأنهر» فرؤية نماذج الثياب التي اعتاد التجار بيعها بعرض هذه النماذج التي تبين طول الثوب وعرضه وشكله مسقطة لخيار الرؤية لأن المتعارف بين التجار بيع هذه الثياب بعرض نماذجها وكذلك إذا اشترى شخص مثلياً من جنس واحد كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة سواء أكانت في إناء واحد أم أوان مختلفة فرؤية بعضه قبل الشراء تجزئ عن رؤية باقيه على القول الأصح «بزازية» لأن تعريف الباقي فيما إذا كان الكل في وعاء واحد باعتبار المماثلة لا باعتبار اتحاد الوعاء «طحطاوي» فإذا اشترى شخص شيئاً من ذلك بعد رؤية نموذجه والرضا به فلا يكون مخيراً عند رؤية الباقي إلّا إذا ظهر أن المال الذي لم يره قبلاً دون ما رأى نموذجه «أنظر المادة التالية» أما إذا كانت المثليات مختلفة الجنس فلا تكفي رؤية جنس منها لإسقاط خيار الرؤية في الأجناس الأخرى ويكون للمشتري خيار الرؤية فيما رآه وما لم يره.

﴿المادة ٣٢٥﴾ ما بيع على مقتضى الأنموذج إذا ظهر دون الأنموذج يكون المشتري مخيراً إن شاء قبله وإن شاء رده مثلاً الحنطة والسمن والزيت وما صنع على نسق واحد من الكرباس والجوخ وأشباهها إذا رأى المشتري أنموذجها ثم

اشتراها على مقتضاه فظهرت أدنى من الأنموذج يخير المشتري حينئذ.

إذا ظهر المبيع أدون من الأنموذج أو من بعض المبيع الذي رآه المشتري فالمشتري يكون مخيراً بخيار العيب فيما رآه نموذجاً وفيما لم يره وله قبول المبيع بجميع الثمن المسمى أو رده وفسخ البيع (درر غرر) (أنظر المادة ٣٣٧).

ولا يكون البيع لازماً في الأنموذج أو بعض المبيع الذي أريه المشتري ومخيراً في الباقي لأن خيار الرؤية مانع لتمام الصفقة فلو عدّ البيع لازماً فيما رؤي ورد ما لم ير لزم تفريق الصفقة قبل التمام (زيلعي) «أنظر المادة ٢٣٨» وكذلك إذا رؤي أنموذج المبيع الغائب عن مجلس البيع وجرى العقد ثم تلف الأنموذج فادعى المشتري عند رؤية المبيع أنه غير مطابق للأنموذج الذي رآه وأنه أدون منه وقال البائع انه مطابق فالأوجه أن يكون القول للمشتري لأن المشتري ينكر أن ما أحضر له هو المبيع (أنظر المادة ٧٦) أما إذا كان المبيع حاضراً في مجلس البيع وكان مخبوءاً في صناديق أو أعدال (أكياس) وعرض على المشتري أنموذج منه ثم حصل خلاف بين البائع والمشتري هل المبيع مطابق أو غير مطابق فإذا كان الأنموذج باقياً يرجع في ذلك إلى رأي أهل الخبرة أما إذا لم يكن باقياً فالقول للبائع مع يمينه والبينة على المشتري (أنظر المادة ٧٧) «رد المحتار. هندية».

﴿المادة ٣٢٦﴾ في شراء الدار والخان ونحوهما من العقار تلزم رؤية كل بيت منها إلا إن ما كانت بيوتها مصنوعة على نسق واحد فتكفي رؤية بيت واحد منها.

وكذلك يلزم رؤية داخل الدار أو الخان ورؤية ساحته ومطبخه وطبقته العلوية والسفلية وكذلك سطح الدار إن كان مقصوداً في البيع تجب رؤيته على قول الفقهاء المتأخرين ولا يسقط خيار الرؤية ما لم ير المشتري ذلك أما عند الفقهاء المتقدمين فيكفي رؤية غرفة واحدة من الدار المبيعة والخلاف في هذه المسألة بين المتقدمين والمتأخرين سببه اختلاف الزمان لا اختلاف الدليل والبرهان (أنظر شرح المادة ٣٩) «درر».

أما الدار التي تكون غرفها على نسق واحد فيكفي رؤية غرفة منها لسقوط خيار الرؤية لأن رؤية غرفة واحدة يحصل بها العلم بالغرف الأخرى وكذلك في اشتراء البستان يجب رؤية ظاهرة وباطنه وفي اشتراء الكروم يجب رؤية أشجار العنب بأنواعه (رد المحتار).

﴿المادة ٣٢٧﴾ إذا اشتريت أشياء متفاوتة صفقة واحدة تلزم رؤية كل واحدة منها على حدته.

يعني يجب رؤية كل فرد منها ولا تجزئ رؤية شيء واحد منها عن سائرها فما لم ير المشتري الجميع يكن مخيراً في الجميع ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

الأولى: لو رأى شخص بغلة وبعد أن رآها اشتراها مع أخرى لم يرها فعند رؤية الثانية يكون مخيراً في كل المبيع أي في البغلتين لأن عد البيع المذكور لازماً إلزام للمشتري بشيء لم يره وذلك خلاف النص.

الثانية: إذا اشترى شخص صندوق ثياب أو سفينة بطيخ أو سلة تفاح أو رمان أو سفرجل بعد أن رأى بعض ذلك ولم ير الباقي يكون مخيراً إذا رأى الباقي لأن رؤية البعض منها لا تكفي للعلم بالباقي.

الثالثة: إذا اشترى شخص الثمر على شجره ورأى بعض ثمر كل شجرة فليس لذلك المشتري خيار رؤية.

الرابعة: إذا اشترى شخص أحد الشيئين اللذين هما في حكم الشيء الواحد كزوج النعلين ثم اشترى الزوجين فعند رؤية الزوج الآخر الذي لم يره يكون مخيراً في الزوجين «انقروي. طحطاوي. رد المحتار. مجمع الأنهر».

الخامسة: خيار الرؤية لا يقبل التجزيء وسيأتي بيان ذلك في المادة الآتية:

﴿المادة ٣٢٨﴾ اذا اشتريت أشياء متفاوتة صفقة واحدة وكان المشتري رأى بعضها ولم ير الباقي فمتى رأى ذلك الباقي إن شاء أخذ جميع الأشياء المبيعة وإن شاء رد جميعها وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي.

إن خيار الرؤية لا يقبل التجزيء أي لا يقبل التجزيء بالنظر إلى أمرين:

الأول: المبيع. فإذا رأى المشتري بعض الأشياء المتفاوتة ولم ير الباقي قبل الشراء ثم اشترى الكل صفقة واحدة سواء أعين الثمن جملة أم تفصيلاً فعندما يرى المشتري البعض الذي لم يره قبل الشراء يكون مخيراً في كل المبيع فله أن يقبله كله بالثمن المسمى وله أن يرده كله لأن الرضا بواحد لا يستوجب الرضا بالآخر فلذلك إذا رد أحدهما فمن الضروري رد الباقي الذي رضي به حتى لا يحصل تفريق للصفقة وليس له أن يفرق الصفقة ويأخذ ما رغب فيه ويترك ما لم يرغب فيه فإذا رغب المشتري في أحد الحصانين اللذين بيعا صفقة واحدة ورضي به قولاً وجب عليه إما أن يقبل الحصانين معاً أو يردهما معاً (بزازية) قوله «إذا رضي قولا» وعليه فإذا اشترى شخص شيئين متفاوتين صفقة واحدة ثم رآهما بعد الشراء وقبض أحدهما أو عرضه للبيع فليس له رد الآخر (هندية).

وعلى هذا إذا اشترى شخص حصانين بدون أن يراهما ثم رآهما فقبض أحدهما أو عرضه للبيع يسقط خيار رؤيته في الحصانين وليس له رد أحدهما لأنه بالعرض للبيع يثبت اللزوم حكماً وبما أنه لا يمكن رد الثابت بالحكم فالبيع يكون لازماً بالضرورة في الكل «بزازية».

وإذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالجزر واللفت والبصل والثوم والفجل فبيعه جائز فإذا رأى المشتري نموذجاً منه بعد شرائه ورضي به ينظر فإن كان مما يباع وزناً أو كيلا فعلى المفتى به وهو قول الإمامين يبطل خياره لأن التعامل جرى به والاحتياج داع إليه أما إذا كان مما يباع عداً كالفجل فرؤية بعضه لا تسقط خيار الرؤية (شرنبلالي).

الثاني: المشتري. فإذا كان المشتري اثنين فإن كان خيار الرؤية ثابتاً لأحدهما غير ثابت للآخر فلها الرد بالاتفاق. مثلاً: إذا اشترى شخصان مالاً لم يرياه ثم رأياه فرضي أحدهما به ولم يرض الآخر وأراد الرد فله رده جميعه وكذلك إذا رأى أحد الشخصين المبيع قبل الشراء ولم يره الآخر واشترى ذلك المال صفقة واحدة فإذا لم يرغب أحد الشخصين الذي لم ير المبيع فالاثنان يردان المبيع بالاتفاق حتى لو رضي الشخص الذي رأى المبيع أولاً بالبيع وإجازة قبل أن يرد الآخر فعندما يرى الشخص الذي لم ير المبيع له رد جميع المبيع «شرنبلالي. هندية».

﴿المادة ٣٢٩﴾ بيع الأعمى وشراؤه صحيح إلّا أنه يخير في المال الذي يشتريه بدون أن يعلم وصفه مثلاً لو اشترى داراً لا يعلم وصفها كان مخيراً فمتى علم وصفها إن شاء أخذها وإن شاء ردها.

(در المختار. رد المحتار) وفي شراء الأعمى على هذا الوجه يمتد خياره جميع عمره ما لم يصدر منه قول أو فعل يدل على الرضا بالمبيع أو يتعيب في يده أو يهلك بعضه (أنظر شرح المادة ٣٢٠) والأعمى في هذا الحكم وغيره كالبصير إلّا في إثني عشر موضعاً منها الشهادة والقضاء والدية لعينه (أشباه) أما الشافعي فقد قال أنه لا يصح بيع الأعمى ولا شراؤه إلا إذا كان رأى شيئاً قبل العمى مما لا يتغير كالحديد لأن الأعمى له قصور عن إدراك الجيد والرديء فربما ندم إذا أخبره الغير برداءة لونه مثلاً ويحتاج إلى رده مع الحياء.

بعض ما يسقط خيار الأعمى - إذا اشترى الأعمى مالاً غير عالم بوصفه وتعيب ذلك المال بعد القبض أو هلك بعضه أو باع بعضه من الآخر أو وهبه وسلمه إلى آخر وكان ذلك المال أرضاً فأمر الأكارين بزرعها يسقط خيار رؤيته ولو حصل ذلك قبل رؤية المبيع لأن ما يجري في المبيع بأمره يكون كأنه واقع منه وعلى هذا فإذا تعيب المبيع وعد البيع لازماً في بعضه غير لازم في البعض الآخر فإن ذلك يوجب تفرق الصفقة كما أنه لا يجوز رده معيباً لأنه إذا رد إلى البائع معيباً تضرر به (رد المحتار. طحطاوي) (أنظر شرح المادة ٣٣٥).

يجب أن يوصف المبيع وصفاً مطابقاً له حتى يكون الوصف بمنزلة رؤيته فإذا وصف المبيع للأعمى وظهر مخالفاً للوصف فلا يسقط خيار الأعمى (رد المحتار) وكذلك إذا اشترى شخص مالاً لم يره حين كان بصيراً ثم عمي قبل رؤية المبيع يسقط خياره بما يسقط خيار الأعمى كالوصف

والتعريف والشم والجس والذوق لأن العجز قد وجد قبل العلم (أنظر المادة ٥٣) كما أنه إذا اشترى الأعمى مالاً وسقط خياره على هذا الوجه فلا يعود إذا أصبح بصيراً (مجمع الأنهر. هندية).

﴿المادة ٣٣٠﴾ إذا وصف شيء للأعمى وعرف وصفه ثم اشتراه لا يكون مخيراً .

ينقسم ما يشتريه الأعمى إلى ثلاثة أقسام الأول ما يعلم بالوصف والتعريف فإذا وصف هذا النوع إلى الأعمى وصفاً كاملاً بليغاً قبل الشراء فاشتراه الأعمى فلا يكون له خيار الرؤية لأن الوصف والتعريف للأعمى بمنزلة الرؤية للبصير وتكون طريق معرفة الأعمى الوصف والتعريف سواء أكان الوصف والتعريف حيث المبيع موجود كان يكون عقاراً فيوقف الأعمى عنده ويعرض ويوصف له أم لم يكن فإذا وصف للأعمى عقار وعرف له ثم اشترى ذلك العقار فلا يبقى له خيار الرؤية في ذلك العقار وعلى قول يجب مع وصف المبيع وتعريفه له أن يوقف بحيث يراه لو كان بصيراً فشراؤه بعد ذلك يسقط خيار رؤيته وعلى قول آخر إذا وكل الأعمى وكيلاً بقبض المبيع فقبض الوكيل المبيع بعد رؤيته يسقط خيار رؤية الأعمى وعلى قول ثالث يجب تعريف المبيع ووصفه للإعمى فإن كان عقاراً أو شجراً يجب أن يمسه فإذا شرى ما وصف له وعرف ومسه سقط خياره فيه وكذلك إذا وصف المبيع للأعمى ومسه أو ذاقه وسقط خياره ثم رجع بصيراً فلا يرجع خياره كما ذكرنا في المادة السابقة (أنظر المادة ٥١) (مجمع الانهر. هندية)

القسم الثاني ما يعلم باللمس والشم والذوق وسيأتي بيان ذلك في المادة التالية.

﴿المادة ٣٣١﴾ الأعمى يسقط خياره بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشمومات وذوق المذوقات يعني أنه إذا لمس وشم وذاق هذه الأشياء ثم اشتراها كان شراؤه صحيحاً لازماً.

وكذلك لو اشترى الأعمى تلك الأشياء فلمسها بعد شرائها أو شمها أو ذاقها ورضي بها يكون شراءوه صحيحاً ولازماً وبعبارة أخرى لا يكون له خيار رؤية أما الأشياء التي لا تعرف باللمس أو الشم أو الذوق فإذا لم تعرف وتوصف للاعمى لا يسقط خياره كما بين ذلك في المادة ٣٣٠.

قوله «ثم اشتراها» أما إذا اشترى تلك الأشياء ثم لمسها أو شمها أو ذاقها فلا يسقط خياره ما لم يصدر منه قول أو فعل يدل على رضاه ويمتد الخيار حتى حصول ذلك «أنظر شرح المادة ٣٢٩»

يجب أن يكون رضا الأعمى بالبيع بعد أن يوصف له المبيع فإذا رضي الأعمى قبل أن يوصف له المبيع فلا يسقط خياره «أنظر المادة ٣٢» يسقط خيار الأعمى أيضاً بالحال المذكور في المادة «٣٣٣» وسيجيء ذلك في شرح تلك المادة.

القسم الثالث ما يعلم بالوصف والتعريف واللمس معاً أي مالاً يعلم بأحد الأمرين دون الآخر فلا بد من وصف المبيع منه للأعمى ولمسه إياه مثلاً إذا أراد الأعمى أن يشتري ثوباً وجب بيان طول هذا الثوب وعرضه للأعمى وأن يجسه بيده وكذلك إذا أراد الأعمى شراء حنطة يجب أن يلمسها وأن توصف له فإذا اشتراها بدون ذلك لا يسقط خياره «هندية».

﴿المادة ٣٣٢﴾ من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي رآه لا خيار له إلّا أنه إذا وجد ذلك الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه كان له الخيار حينئذ.

فعلى هذا يسقط خيار الرؤية بشرطين الأول أن يرى المبيع بقصد الشراء فإذا رأى شخص مالاً غير قاصد شراءه ثم اشتراه بعد ذلك يكون مخيراً لأن الرؤية إذا لم تكن بقصد الشراء فلا تستوفي وكذلك لو قصد الشراء أولاً ثم عدل عنه ثم اشتراه يكون مخيراً أيضاً «طحطاوي» الشرط الثاني: أن يعلم وقت الشراء أن ذلك المال هو الذي رآه أولاً بقصد الشراء فلو رآه بقصد الشراء ثم اشتراه وهو لا يعلم أنه المال الذي رآه كان مخيراً وذلك كأن يرى المشتري سراويل بقصد شرائها ثم يشتريها بعد مدة في صوانه «ما يحفظ فيه» وهو لا يعلم أنه الذي رآه.

الاختلاف: إذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع ان المشتري رأى المبيع قبل الشراء بقصده ثم اشتراه وقال المشتري لم اره مطلقاً فالقول للمشتري مطلقاً مع يمينه (أنظر المادة ٩٥) «الملتقى. مجمع الأنهر». أما إذا حصل تغيير في المال بعد أن رآه أي اختلفت بعض صفاته أو حدث فيه عيب فالمشتري مخير ولو رآه قبل الشراء لأنه بتغير ذلك المال أصبح بمنزلة مال آخر فيكون المشتري كأن لم يره.

الاختلاف في ذلك: إذا اختلف المتبايعان في ذلك فزعم المشتري أن المبيع تغير وأنكر البائع ذلك ينظر فإن كانت المدة قصيرة بحيث لا يتغير فيها المبيع في الغالب أن القول للبائع مع اليمين والبينة على المشتري وان كانت طويلة بحيث يتغير فيها المبيع في الغالب فالقول للمشتري.

والمدة الطويلة في الحيوان شهر وأقل منه قصيرة لأن الظاهر من أحوال هذه الدنيا المتقلبة أنه لا يبقى فيها شيء طويلاً بلا تغير فإذا اشترى شخص بغلة كان رآها قبل عشرين يوماً بقصد الشراء من غير أن يراها حين الشراء فقال لما رآها إنها انحطت قوتها عما كانت عليه منذ عشرين يوماً إذ رآها وقال البائع بل هي على حالها فالقول للبائع مع يمينه لأن الظاهر أن البغلة لا تتغير في أقل من مدة شهر «أنظر المادتين ٥ و٧٨» وإذا أقام المشتري بينة على مدعاه قبلت منه أما إذا كان المشتري اشتراها قبل شهر فالظاهر أنه يحصل التغير في تلك المدة «رد المحتار».

أن الشراء المبين في هذه المادة هو الشراء أصالة أما الشراء وكالة فإذا اشترى الوكيل المال الذي رآه موكله بقصد الشراء وهو لا يعلم أنه المال الذي رآه موكله فللوكيل خيار الرؤية. «أنظر

المادة ١٦٤١» إلّا انه إذا كان الوكيل بالشراء وكيلاً بشراء مال معين فليس له خيار رؤية «أنظر شرح المادة ٣٢٠».

﴿المادة ٣٣٣﴾ الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه تكون رؤيتهما لذلك الشيء كرؤية الأصيل

وكذلك الوكيل الذي يوكل لينظر المبيع ويجيزه إذا رضي به أو يفسخه عند رؤيته كرؤية الموكل سواء أكان الموكل بصيراً أم أعمى فلا يبقى بعدئذ للوكيل ولا للموكل خيار رؤية لأن حقوق العقد حسب المادة (١٤٤١) للوكيل لأن الموكل قد وكله بالقبض وأقامه مقام نفسه. أما رؤية الوكيل قبل التوكيل فليس لها حكم أو أثر مطلقاً فلا يسقط الخيار بها.

الوكالة بالشراء - كأن يقول شخص إلى اخر وكلتك بأن تشتري لي المال الفلاني وللوكالة بالقبض أن يقول شخص لآخر وكلتك بقبض المال الذي اشتريته من فلان ولم اره فلذلك تكون رؤية الوكيل بالقبض كرؤية الأصيل إلّا أن قبض الوكيل بالقبض على نوعين.

الأول: القبض التام وهو قبض الوكيل للمبيع وهو يراه وهذا القبض يسقط خيار الموكل.
الثاني: القبض الناقص وهو قبض الوكيل بالقبض للمبيع من غير أن يراه فلو قبض الوكيل بالقبض المبيع وهو مستور بشيء فلا يسقط خياره كما أنه لو رآه بعد القبض ورضي به وأسقط خياره فلا يسقط خيار الموكل «أنظر المادة ٥٤»

لأن قبض الوكيل بالقبض للمبيع على هذا الوجه وهو مستور يجعل وكالة الوكيل منتهيةً بذلك القبض الناقص ويكون منعزلاً وبما أنه أجنبي فليس له اسقاط خيار رؤية الأصيل.

الوكيل بالنظر - إذا وكل المشتري شخصاً لينظر المال الذي اشتراه ولم يره على أن يبرم العقد إذا رضي به أو يفسخه إذا لم يرض به فذلك صحيح ونظر ذلك الوكيل يقوم مقام نظر الموكل لأنه جعل الرأي والنظر إليه فيصح «هندية»

أما رؤية الرسول بالشراء كرؤية المشتري فلا يسقط خيار المشتري برؤية الرسول بالشراء كما سيجيء في المادة الآتية والفرق بين الوكيل بالشراء والرسول بالشراء أنه إذا امتنع البائع من تسليم المبيع فالوكيل بالشراء له أن يخاصم البائع أما الرسول بالشراء فليس له ذلك «أبو السعود. رد المحتار. زيلعي شرنبلالي. درر» . «أنظر المادتين ١٤٥٠ و١٤٥٤».

وكذلك لما كانت الوكالة بالرؤية قصداً لا تصح فرؤية الوكيل بالرؤية لا تكون كرؤية الموكل فلا يسقط بذلك خيار رؤية المشتري.

وكذلك إذا اشترى الموكل أو المرسل بالذات المال الذي رآه وكيله بالشراء أو رسوله يثبت له خيار الرؤية ولا خيار للوكيل «بزازية».

﴿المادة ٣٣٤﴾ الرسول يعني من أرسل من طرف المشتري لأخذ المبيع وإرساله فقط لا تسقط رؤيته خيار المشتري.

الرسول الذي لا تكون رؤيته للمبيع كرؤية الأصيل ضربان الأول الرسول بالقبض الثاني الرسول بالشراء فرؤية هذين الضربين للمبيع لا تسقط خيار رؤية المشتري.

ويفهم من التفصيلات التي مرت آنفاً أن رؤية الرسول للمبيع سواء أكان رسولاً بالقبض أم بالشراء لا يسقط خيار رؤية المشتري كما تقدم والحاصل أن ههنا ستة:

وكيلاً بالشراء. رسولاً بالشراء. وكيلاً بالقبض. رسولاً بالقبض. وكيلاً بالنظر وكيلاً بالرؤية فالأول والثالث والخامس يسقطون خيار الرؤية أما الثاني والرابع والسادس فلا.

الرسالة بالقبض - إذا قال شخص لآخر كن رسولاً عني بقبض المال الذي اشتريته من فلان بدون أن اراه أو قال قد ارسلتك لقبض ذلك المال أو قال له قل للبائع ان يسلم إليك المبيع فيكون ذلك رسالة. قبض الرسول والوكيل بالقبض في حق سقوط خيار الرؤية للموكل والمرسل كقبضه «بزازية. هندية».

﴿المادة ٣٣٥﴾ تصرف المشتري في المبيع تصرف الملاك يسقط خيار رؤيته

وكذلك تصرف المشتري على وجه يثبت حق الغير يسقط خيار رؤيته «أنظر المادة ٦٧» والأحوال التي تسقط خيار الرؤية أو لا تسقطه ترجع إلى أربعة أصول:

الأول إذا تصرف المشتري المخير بالمبيع خيار رؤية على وجه يثبت به الحق للغير سواء أكان ذلك التصرف قبل الرؤية أم بعدها وهذا يسقط الخيار لأن المشتري إذا جاز له فسخ البيع بخيار الرؤية على هذا الوجه يكون متعدياً على حق الغير مع أنه ليس له ذلك (انظر المادة ٢٠). والمسائل التي تتفرع على ذلك هي:

(١) إذا اشترى شخص مالاً بدون أن يراه ببيع مطلق أو بشرط أن يكون المشتري مخيراً ثم باع ذلك المال كله أو بعضه دون أن يشترط له الخيار أو رهنه أو آجره أو وهبه وسلمه أو باعه بيعاً فاسداً وسلمه قبل أن رآه أو بعد ذلك يسقط خيار رؤيته حتى لو رد إليه المبيع بخيار العيب أو فك الرهن أو انقضت مدة الإجارة فلا يعود خيار الرؤية «أنظر المادة ٥١»

٢ - إذا اشترى شخص عشرة أثواب أو عشر شياه صفقة واحدة ثم بعد القبض باعها أو وهبها وسلمها يسقط خيار رؤيته في الكل حتى لو عادت الثياب إلى ملكه كان يكون وهبها وسلمها ورجع عن هبته فلا يعود بعد ذلك خيار رؤيته «أنظر المادة ٥١» (بحر. تنقيح)

٣ - إذا اشترى شخص أرضاً زراعية بدون أن يراها فاعار شخصاً إياها قبل الرؤية ليزرعها

فزرعها يسقط خيار المشتري «رد المحتار» «أنظر المادة ٨٣٢» أما إذا لم يزرعها ذلك الشخص فلا يسقط بذلك خيار رؤية المشتري.

الأصل الثاني إذا تصرف المشتري المخير بخيار الرؤية في المبيع على وجه لا يثبت به الحق للغير ينظر فإن كان ذلك قبل الرؤية فلا يسقط خياره مثلاً إذا عرض المشتري كل المبيع أو بعضه قبل الرؤية أو وهبه أو باعه بيعاً فاسداً ولم يسلمه أو باعه من آخر وشرط فيه الخيار لنفسه ألا يسقط خيار رؤيته لأن هذه التصرفات لا تفيد سوى أنه رضي بالمبيع والرضا تصريحاً بالمبيع قبل الرؤية لا يسقط خيار الرؤية فإذا اشترى شخص داراً لم يرها وبيعت في جوارها دار أخرى فله أن يأخذ تلك الدار بالشفعة بسبب تلك الدار فإذا ردت تلك الدار بخيار الرؤية أن يبقى العقار الذي أخذه في الشفعة في يده ولكن إذا رأى تلك الدار وأخذ العقار بعد ذلك بالشفعة فيسقط خياره والحاصل أنه إذا كان التصرف بعد الرؤية يسقط خياره وبعبارة أخرى التصرفات التي تفيد الرضا إذا وقعت بعد الرؤية تسقط خيارها.

مثال ذلك: إذا عرض المشتري المخير خيار رؤية كل المبيع أو بعضه للبيع أو وهبه ولم يسلمه أو قبض المبيع أو أدى الثمن يسقط خياره فلذلك إذا اشترى شخص مالين قبل الرؤية وبعد أن رآهما قبض أحدهما يكون بذلك راضياً بالبيع في المالين أما لو اشترى شخص خمسين كيلة حنطة بدون أن يراها وتقابل الطرفان البيع في نصف المبيع يبقى للمشتري خيار الرؤية في النصف الآخر.

الأصل الثالث: الأمور التي تبطل خيار الشرط تبطل خيار الرؤية ويتفرع على ذلك المسائل الآتية:

١- إذا اشترى شخص مزرعة بدون أن يراها وابقى المشتري الزراع الذين كانوا في تلك المزرعة فزرعوا تلك الأرض فلا يبقى للمشتري خيار لأن فعل أولئك الزراع يضاف إلى المشتري كما أنه إذا زرع المشتري نفسه تلك الأرض أو أمر شخصاً آخر بزراعتها فزرعها الشخص يسقط خياره.

٢- إذا تعيب المبيع في يد المشتري بعيب لا يزول أو هلك بعضه في يده أو استهلكه المشتري واصبح رده إلى البائع متعذراً يسقط خيار رؤيته.

الأصل الرابع: حصول الزيادة في المبيع وهو في يد المشتري أو وكيله يسقط خيار الرؤية سواء أكانت تلك الزيادة متصلة أم منفصلة. مثال ذلك: أن يكون المبيع حيواناً فينتج بعد القبض أو كرماً فيثمر عنباً فيسقط خياره سواء أستهلك المشتري تلك الزيادة أم لا. إلا أنه إذا تلفت تلك الزيادة من نفسها يعود حق خياره «أنظر المادة ٢٤» (التنقيح، الهندية، الانقروي، البحر، رد المحتار، الدرر، الخلاصة).

خيار الكمية: ليس في النقود خيار رؤية بل خيار كمية.

مثلاً: لو قال المشتري قد اشتريت هذا المال بهذه الريالات التي في كيسي فباع البائع ذلك المال من المشتري بدون أن يعلم مقدار الريالات التي في الكيس فيصح البيع «أنظر المادة ٢٢٩» إلا أنه حينما يطلع البائع على مقدار تلك الريالات التي في الكيس يكون مخيراً لأنه لا يعلم كمية النقود الموجودة في الكيس من الخارج ويقال لهذا الخيار خيار الكمية سواء أكانت تلك النقود من النقود الرائجة في تلك البلد أم لا.

أما لو اشار شخص إلى النقود التي في كيسه وقال اشتريت هذا المال منك بهذه النقود في الكيس فباع المال من غير أن يكون عالماً بمقدار النقود الحقيقي في ذلك الكيس فالبيع صحيح ولا يكون فيه خيار كمية لأنه يعلم من الخارج مقدار النقود التي في الكيس إلا أنه أن كانت تلك النقود غير رائجة في تلك البلد فللبائع أن يرد تلك النقود وأن يطلب نقوداً رائجة في البلد لأن ذكر الدراهم مطلقاً ينصرف إلى نقد البلد.



الفصل السادس

في بيان خيار العيب

إضافة الخيار إلى العيب من إضافة المسبب إلى السبب أي الخيار الذي يثبت بسبب العيب وخيار العيب يثبت للمشتري من غير شرط وبلا مدة أي ليس لخيار العيب أجل معين فلذلك إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع ولم يقع منه ما يبطل خيار العيب أو يدل على الرضا بالمبيع دام له الخيار مدة حياته ولم يسقط لتعوده عن المخاصمة زمناً يمكنه فيه المخاصمة (أنظر المادة ٦٧) حتى لو وجد في الدابة التي اشتراها عيباً وقصد ردها إلى البائع فلم يجده فامسكها عنده واطعمها من غير أن يتصرف فيها تصرفاً يدل على رضاه بالعيب فله أن يردها حينما يجد البائع كما أن له أن يرجع بنقصان العيب على البائع إذا تلفت الدابة خلال مدة الإمساك أما عند الشافعي فخيار العيب على الفور ويبطل بتأخيره بلا عذر ويعتبر الفور حسب المعتاد فلا يطلب من المشتري المسارعة خلاف المعتاد (باجوري) ويجري خيار العيب أيضاً في الإجارة والقسمة وبدل الصلح (أنظر كتاب الإجارة والصلح والقسمة) ويثبت أيضاً في المهر وبدل المخالصة(هندية)

خلاصة الفصل

١ - يثبت خيار العيب من غير شرط وبلا مدة أما عند الشافعي ففوراً.

٢ - يجري خيار العيب في البيع والإجارة والقسمة وبدل الصلح والمهر وبدل المخالصة «هندية».

٣ - يقتضي البيع المطلق أن يكون المبيع سالماً من كل عيب لأن الأصل السلامة من العيوب

٤ - العيب الفاحش واليسير سيان في إيجاب الخيار.

٥ - يجب لثبوت خيار العيب تحقق ستة شروط.

٦ - يحق للمخير خيار العيب كائناً من كان فسخ البيع إلا في خمس مسائل.

٧ - مؤونة رد المبيع بخيار العيب تلزم المشتري.

٨ - صاحب خيار العيب له قبول المبيع بثمنه المسمى كله وليس له إمساكه ونقص الثمن بما يقابل العيب إلا إذا رضي البائع أو كان ثمة مانع من الرد لأنه ليس للأوصاف حصة من الثمن.

٩ - إذا أدى المشتري الثمن إلى البائع ورد المبيع بخيار العيب فله أن يسترده وليس له أن يطالب البائع بما يقابل الثمن الذي دفعه من جنس آخر.

١٠ - في مسألة واحدة ليس للمشترى أن يرجع بالثمن على البائع

١١ - لدعوى رد المبيع بخيار العيب أصول محاكمة خاصة

١٢ - إذا كانت دعوى رد المبيع بخيار العيب على بيت المال يجب إثباتها بالبينة وليس للإقرار والنكول حكم.

١٣ - ينتقل خيار العيب إلى الوارث بطريق الخلافة لا بطريق الإرث للمورث

١٤ - إذا كان الرد بخيار العيب وقع قبل القبض فللمشتري فسخ المبيع من نفسه رأساً بشرط أن يكون البائع حاضراً فإذا لم يكن حاضراً فليس له ذلك وإذا كان بعد القبض فلا ينفسخ بغير رضا البائع أو قضاء القاضي.

١٥ - الرضا بالفسخ أما أن يكون صريحاً أو دلالة.

١٦ - العيب هو القصور الظاهر الذي يورث النقصان في قيمة المال في رأي اصحاب الخبرة والمعرفة والذي يخلو منه المال في أصل خلقته السليمة أو القصور المفوت للمقصود من المبيع الذي لا يمكن إزالته بلا مشقة.

١٧ - للعيب القديم هو القصور الموجود في المبيع وهو في يد البائع سواء أكان قبل البيع أم بعده وقبل تسليم المبيع.

١٨ - يحصل العيب في المبيع بعد البيع والتسليم في خمس صور تختلف أحكامها .

١٩ - لا يكون المشتري مخيراً بخيار العيب في مسائل:

الأولى: إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع.

الثانية: إذا اشترى المشتري المبيع وهو عالم بما فيه من العيب.

الثالثة: إذا رضي المشتري بالعيب بعد اطلاعه عليه.

الرابعة: إذا اشترى المشتري المبيع بعد أن اخبره شخص آخر بالعيب الذي فيه.

الخامسة: إذا باع البائع المبيع على أن يكون بريئاً من كل دعوى عيب

السادسة: إذا تصرف المشتري بالمبيع تصرف الملاك بعد اطلاعه على العيب ويسقط خيار المشتري.

٢٠ - إذا باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيبه ورده المشتري الثاني فللأول رده في أربع مسائل كما أنه ليس له رده في أربع.

٢١ - إذا حدث في المشتري عيب جديد وهو عند المشتري فليس للمشتري رده بالعيب القديم إلا أن له أن يأخذ نقصان الثمن إلا إذا كان بيع تولية فليس له ذلك أيضاً.

٢٢ - يرجع إلى رأي أهل الخبرة الخالين من الغرض في معرفة قدر نقصان الثمن وفي هذا أربعة احتمالات.

٢٣ - إذا زال العيب الحادث فالقديم موجب للرد.

٢٤ - كل موضع أمكن فيه رد المبيع القائم في ملك المشتري برضا منه أو بغير رضا إذا أزال المشتري ذلك المبيع من ملكه فليس الرجوع على البائع بنقصان الثمن.

٢٥ - كل موضع لا يمكن فيه رد المبيع القائم في المشتري إلى البائع برضا منه أو بغير رضا إذا أزال المشتري ذلك المبيع من ملكه فله الرجوع على البائع بنقصان الثمن.

٢٦ - الزيادة المتصلة غير المتولدة مانعة للرد أما الزيادة المنفصلة غير المتولدة والزيادة المتصلة المتولدة فلا تمنعان الرد.

٢٧ ـ إذا وجد مانع للرد فلو رضي الطرفان أيضاً في الرد لا يحكم بالرد بل يؤخذ نقصان الثمن

٢٨ - إذا ظهر أن بعض الأشياء التي بيعت صفقة واحدة معيب فإذا كان ذلك قبل القبض يجوز رد جميع المبيع وإذا كان بعد القبض وكان ليس في تفريقه ضرر يرد المعيب فقط أما إذا كان في تفريقه ضرر فيلزم أما قبول المبيع كله أو بعضه.

٢٩ - إذا أخذ بعض المبيع بالاستحقاق قبل القبض فللمشتري فسخ البيع في الباقي أما قبل القبض فإن كان أخذ البعض يورث عيباً في الباقي فللمشتري فسخ البيع وإلا فلا.

٣٠ - إذا ظهر عيب في بعض المكيلات أو الموزونات فللمشتري رد الجميع.

٣١ - إذا ظهر في الحنطة وأمثالها من الحبوب تراب فإن يسيراً عفي وإن كثيراً فالمشتري مخير وإذا ظهر في البيض ونحوه ثلاث في المائة فاسدة فمعفو عنه وإن أكثر بطل البيع في الجميع.

٣٢ - إذا كان لا ينتفع بالمبيع في شيء فالبيع باطل.

﴿المادة ٣٣٦﴾ البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون المبيع سالماً خالياً من العيب.

يعني بالبيع المطلق ما لا تشترط فيه البراءة من العيب وهو بمنزلة ما صرح فيه بسلامة المبيع من العيوب وهذا المراد من البيع المطلق في هذه المادة وليس المراد منه ما ورد في المادة (٦٤) ولا ما ورد في المادتين (٢٥١ و٢٨٥) لأن الأصل سلامة المبيع من العيوب ولأن ذلك وصف مرغوب فيه عادة وعرفاً فكأنه بمقتضى المادة ٤٣ قد شرط في العقد فإذا لم تكن تلك السلامة في المبيع كان المشتري مخيراً حتى لا يضر بإلزامه بشيء لم يرض به فلذلك تكون السلامة من العيب كأنما شرطت في العقد فبيع ما فيه عيب بغير بيان العيب تغرير وحرام وممنوع فلذلك إذا أراد شخص بيع مال فيه عيب يجب عليه أن يبين ذلك العيب للمشتري كأن يقول له أن في هذا المال العيب الفلاني فإذا أردت فخذه على عيبه وكذلك إذا كان المشتري يريد أن يدفع إلى البائع ثمناً فيه عيب وجب عليه أن يبين ذلك العيب كأن يبين نقصان وزنه وليس له أن يخفي عيبه ويزعم سلامته ترويجاً له (أنظر المادة ١٩). (مجمع الأنهر. در المختار).

﴿المادة ٣٣٧﴾ ما بيع مطلقاً إذا بيع وفيه عيب قديم يكون المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى وليس له أن يمسك المبيع ويأخذ ما نقصه

العيب وهذا يقال له خيار العيب.

أن يكون المشتري مخيراً على التراخي بعد رؤية العيب «أنظر شرح المادة ٣٤١» ولا يثبت خيار العيب إلا بشروط ثمانية:

١ - ألّا يرى المشتري حين الشراء والقبض ذلك العيب وإذا رآه يجب أن يكون لا يعلم أنه عيب عند التجار.
٢ - ألّا تحصل حال تدل على رضاه بالمبيع بعد اطلاعه على العيب.
٣ - ألّا يشترط في البيع براءة البائع من دعوى العيب.
٤ - أن يكون العيب قديماً.
٥ - ألّا يمكن إزال العيب بلا مشقة.
٦ - أن يكون العيب ظاهراً.
٧ - ألا يزول ذلك العيب قبل الفسخ.
٨ - ألا يكون ذلك العيب من لوازم الخلقة السليمة.

ويتضح هذا في شرح هذه المادة سواء أكان العيب يسيراً أم فاحشاً.

العيب اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين مثلاً إذا قدر شخص مالا سالماً من العيب بألف قرش وقدره وهو معيب بتسعمائة وقدره آخر في هذه الحال بألف قرش يكون العيب يسيراً.

والعيب الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين مثلاً إذا قوم أهل الخبرة جميعاً قيمة المال سالماً من العيوب بألف قرش وقيمته معيباً أقل من ألف يكون العيب فاحشاً (بزازية) والمشتري له أن يفسخ البيع ويرد المبيع أما بالذات وأما بواسطة وكيله أما إلى البائع أو وكيله وأن يسترد منه الثمن إذا كان قد أداه.

ويستثنى من هذه القاعدة المسائل الآتية:

الأولى: إذا اشترى الوكيل والوصي بالوكالة أو الوصاية مالا بأنقص من قيمته فليس لهما رد المبيع بخيار العيب (أنظر المادة ٥٨) ولكن لهما فسخ البيع بخيار الرؤية (أنظر شرح المادتين ٣٠١ و٣٢٠).

الثانية: إذا باع شخص من آخر مالاً وسلمه وقبل قبضه الثمن وهبه ذلك الثمن أو أبرأه منه ثم اطلع المشتري على عيب المبيع فليس له رد المبيع واسترداد الثمن لأنه ليس على المشتري أي ضرر من العيب لأنه أخذه بلا ثمن أما إذا وهب البائع المشتري وسلمه إليه بعد أن قبضه من المشتري واطلع بعد ذلك على العيب فله رد المبيع إلى البائع واسترداد الثمن منه.

الثالثة: إذا باع المشتري مالاً من آخر وسلمه إليه ثم اشتراه منه فظهر له أن فيه عيباً قديماً حينما كان في يد البائع الأول فليس له أن يرد المبيع إلى أحد (أنظر المادة ٩٨) مثال ذلك لو باع

شخص من آخر مالا وباع الآخر ذلك المال إلى آخر ثم باع الآخر الأخير ذلك المال من بائعه فوجد فيه بائعه عيباً قديماً فليس له أن يرده إلى بائعه هذا كما ليس له أن يرده إلى بائعه الأول لأنه لو جاز له أن يرده إلى بائعه الأخير جاز لبائعه الأخير أن يرده إليه فلا يكون فائدة لهذا الرد كما أنه ليس له أن يرده إلى بائعه الأول لأنه لم يشتر ذلك المال منه آخر (رد المحتار)

الرابعة: إذا نقل المشتري المبيع إلى موضع آخر غير موضع الشراء فليس له أن يرده بخيار العيب سواء أوجب النقل زيادة في ثمن المبيع أم لا إلا أنه إذا اعاده الى موضع الشراء فله أيضاً رده.

إذا اطّلع المشتري على عيب المبيع وثبت له حق الرد بخيار العيب إلا أنه زال العيب قبل الرد بطل خيار عيبه وإذا رد المشتري المبيع بخيار العيب فمؤونة رده ونفقته تلزمه.

الاختلاف ـ إذا اختلف المتبايعان فيما إذا أراد المشتري رد المبيع فقال البائع ليس هذا هو المبيع وقال المشتري بل هو فالقول للبائع مع يمينه والبينة على المشتري.

استرداد الثمن ـ إذا رد المشتري المبيع بخيار العيب فله أن يسترد الثمن الذي أداه إلى البائع إلا أنه إذا اشترى شخص مالا بعشرة دنانير ودفع إلى البائع برضاه عوضاً عن ذلك ريالات فضية ثم رد المبيع بخيار العيب فله أن يسترد من البائع عشرة دنانير ذهباً لا الريالات التي دفعها إلى البائع لأن إعطاء الريالات عوضاً عن الدنانير عقد ثان فلا يتطرق الخلل الذي أصاب الأول إلى الثاني والحكم بخيار الرؤية على هذا الوجه أيضاً «أنقروي».

مستثنى ـ ليس للمشتري في المسألة الآتية الرجوع على البائع في ثمن المبيع وهي إذا باع شخص من آخر حصاناً وسلمه إليه ثم وكل آخر بقبض الثمن من المشتري فقال الوكيل قبضت الثمن وقد تلف في يدي أو دفعته إلى البائع فأنكر البائع قبض الوكيل للثمن وتلف في يده أو تسليم الوكيل الثمن إليه فالقول للوكيل مع يمينه ويكون المشتري بريئاً من الثمن «أنظر المادة ١٧٧٤» ثم إذا ظهر في المبيع عيب وأراد المشتري رده فليس له أن يرجع على البائع بثمن المبيع لأنه على زعم البائع لم يقبض الثمن كما أنه ليس للمشتري الرجوع على الوكيل لأنه لم يقع بينه وبين الوكيل بيع وتصديق الوكيل لدفع الضمان عن نفسه وإذا صدق الآمر الوكيل في الدفع إليه يرجع المشتري بعد الرد بالعيب عليه بالثمن دون القابض وللمشتري أن يقبل المبيع بجميع الثمن المسمى لأن للمشتري أن يتحمل ضرر البيع ويسقط حق رده وليس للمشتري حط شيء من الثمن في مقابلة العيب القديم ما لم يرض البائع بذلك أو يكون مانع من الرد «أنظر شرح المادة ٣٤١» والمواد «٣٤٥ و٣٤٨ و٣٤٩» لأن الأوصاف تدخل في العقد تبعاً ولا تعد من الأصل فلذلك لا يكون لها حصة من الثمن إلا إذا كان الوصف مقصوداً بالإتلاف فيكون له حصة من الثمن.

مثال ذلك: إذا تعيب مال بفعل البائع بعد البيع وقبل التسليم واختار المشتري أخذ المبيع يسقط من الثمن حصة العيب لأن الوصف في ذلك صار مقصوداً بالإتلاف.

ويسمى هذا الخيار بإصلاح الفقهاء خيار العيب وخيار النقيصة.

ورد في المادة عبارة «إذا ظهر» فالمحاكمة التي تجري لإظهار العيب تجري على النظام الآتي:

١ - لتوجه خصومة المدعي على البائع يجب العيب في المبيع في الحال يعني يجب أن يثبت أثناء المحاكمة وجود ذلك العيب يعني يجب على المشتري الذي يدعي العيب إثباته في المبيع في الحال بغض النظر عن قدمه وحدوثه فإن لم يثبت المشتري ذلك فلا تتوجه خصومته على البائع وإثبات ذلك يكون بوجوه:

- الأول: بإقرار البائع فإذا ادعى المشتري العيب في المبيع وأقر به البائع تتوجه الخصومة على البائع ثم ينظر فيما إذا كان العيب قديماً أو حادثاً كما يتضح ذلك فيما بعد.

- الثاني: بالمشاهدة إذ أن المعيب على قسمين ظاهر وباطن فالظاهر ما يعرف بالمشاهدة كالقروح والعمى والعضو الزائد والعرج وغيره من الغاهات الظاهرة فلتوجه الخصومة يكفي رؤية الحاكم لذلك وإذا أنكره البائع فإنكاره لغو مع مشاهدة الحاكم. الثاني العيب الباطن وهو الذي لا يعلم بالمشاهدة والعيان كالأمراض الداخلية.

- الثالث: بإخبار أرباب الخبرة كأن يكون العيب باطنياً فإذا كان العيب كذلك ولا يعرفه الطبيب أو البيطار بالفحص وأنكره البائع وجب أن يحيل الحاكم المبيع إلى طبيب أو إثنين أو بيطار أو إثنين ولا يلزم الإتيان بالشهادة في خبر الطبيب أو البيطار وإن كانت العدالة مشترطة «أنظر شرح المادة ١٦٧٩» ولا يرد المبيع إلى البائع ولا يرجع بنقصان العيب عليه بمجرد إخبار الطبيب أو البيطار بل لا بد من بيان كون العيب قديماً كما سيأتي:

- الرابع: بنكول البائع عن اليمين على رأي الإمامين يعني إذا ادعى المشتري وجود العيب في الحال في المبيع وأنكر البائع ذلك يحلف أنه لا يعلم بوجود العيب في المبيع في الحال فإذا نكل عن اليمين تتوجه الخصومة لأن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف أما عند الإمام فلا يتوجه اليمين على البائع على هذا الوجه لأن اليمين تترتب بالدعوى الصحيحة وصحة الدعوى هنا متوقفة على وجود العيب وبدون العيب لا تتوجه الخصومة.

٢ - يجب للحكم بالرد بالعيب تحقق قدمه ويتحقق ذلك بأحد الوجوه الأربعة.

- الأول: بإقرار البائع فإذا ادعى المشتري أن في المبيع عيباً يوجب فسخ العقد أو الرجوع بنقصان الثمن قبل قبض أو بعده يسأل البائع «أنظر المادة ١٨١٦» فإذا أقر يحكم برد المبيع إليه أو نقصان الثمن «أنظر المادة ٨٧ و١٨١٧» وحينئذ تنتهي الدعوى والمحاكمة «خلاصة» إلا إذا ادعى البائع سقوط حق المشتري في رد المبيع كما سيتضح ذلك «شارح».

الثاني أن يكون العيب المشاهد غير ممكن حدوثه في المدة التي تسلم فيها المشتري المبيع كأن يكون العيب عضواً زائداً كان في أصل الخلقة أو كان ليس محتملاً حدوثه في تلك المدة فيحكم بفسخ البيع أو بالرجوع بنقصان الثمن لأن وجود العيب في الحال قد علم بالمشاهدة كما أنه قد تبين عدم إمكان حدوثه بعد تسليم المبيع إلا إذا ادعى أن المشتري رضي بالعيب وأنه أسقط حق رده بأحد الأسباب وحينئذ إن ثبت هذا فبها وإلا فالقول للمشتري مع يمينه «أنظر المادة ٧٦» ويكون اليمين أنه لم يسقط حقه في رد المبيع نصاً ولا دلالة حسب المادة «٢٤٤» كما يدعي «أنظر المادة ١٦٣٢».

الاختلاف ـ إذا أراد المشتري رد الحيوان المبيع بخيار البيع وادعى أنه اشترى حيواناً في ذلك اليوم وإن مثل هذا العيب لا يحدث في يوم واحد وخالفه البائع قائلاً بعت هذا الحيوان قبل شهر وإن مثل هذا العيب يحدث في شهر فالقول في ذلك للبائع «هندية».

ـ الثالث: بإثبات المشتري فإذا كان العيب محتملاً وقوعه فيما بين البيع والتسليم وبين الخصومة وبين أنه حاصل قبل وقت البيع كالجروح أي أن الجزم بإمكان حدوثه في تلك المدة وعدم إمكانه متعذر فإذا أثبت المدعي بالبينة أن العيب قديم وأنه كان حينما كان المبيع في يد البائع يحكم بالرد.

مستثنى: إذا كان في العيب غير محتمل الوقوع قبل البيع والتسليم فلا يطلب الحاكم من المدعي البينة ولا يحكم بالرد «أنظر مادة ١٦٩٧».

ـ الرابع :بنكول البائع عن اليمين فإذا لم يستطع المشتري إثبات قدم العيب بالبينة يحلف البائع بطلب المشتري أنه ليس للمشتري حق الرد بسبب هذا العيب الذي يدعيه أما إذا كانت دعوى الرد بخيار العيب على بيت المال فلا تثبت تلك الدعوى بالإقرار مثلاً إذا باع أمين بيت المال من شخص آخر متاعاً من الغنائم المحرزة ووجد المشتري في ذلك عيباً وأراد رده ينصب وكيل بإذن من السلطان ليخاصم المشتري والمشتري مكلف بأن يثبت دعواه بالبينة فليس للوكيل أن يقر بدعوى المشتري كما أنه إذا أنكر الدعوى لا يتوجه عليه اليمين ولو أقر الوكيل بدعوى المشتري لا يكون إقراره ملزماً فضلاً عن أن الوكيل ينعزل عن وكالته «هندية». «أنظر المادة ١٥١٨».

انتقال خيار العيب إلى الوارث – إن خيار العيب ينتقل إلى الوارث بطريق الخلافة أي كما أن المورث يستحق المبيع سليماً فكذلك وارثه «رد المحتار هندية» وليس هذا الانتقال بطريق الارث.

والمسألة الآتية تدل على أن انتقال خيار العيب إلى الوارث لم يكن بطريق الارث وذلك أن المشتري إذا توفي قبل القبض ثم حصل في المبيع عيب وهو في يد البائع فالعيب الحاصل في تلك الحال في حكم البيع القديم «أنظر المادة ٣٤٠» وعلى الوجه المحرر فالعيب الذي حدث قبل القبض وبعد وفاة المشتري ليس للمشتري فيه خيار إلّا أنه ثبت لوارثه.

وهل يجب حضور البائع عند فسخ المشتري للبيع بخيار العيب وقضاء الحاكم وإذا كان اطلاع المشتري على العيب وتحققه أن العيب القديم قد حصل قبل القبض فللمشتري فسخ البيع

رأساً بحضور البائع وينفسخ البيع بمجرد قوله فسخت البيع أو رددت المبيع ولا يحتاج ذلك إلى رضا البائع أو قضاء القاضي لأن خيار البيع قبل القبض يكون مانعاً لتمام عقد البيع ولذلك لا يحتاج فسخ البيع إلى قضاء القاضي أو رضا البائع أما إذا كان البائع غير حاضر فليس للمشتري فسخ البيع فإذا قال المشتري بحضرة البائع قبل القبض وبعد اطلاعه على عيب في المبيع أبطلت البيع أو رددت المبيع فالبيع ينفسخ ولو لم يقبل البائع بذلك.

- لاحقة -

المسألة الأولى: إذا أراد المشتري بعد التقابض رد المبيع بخيار العيب فاختلف المتبايعان في عدد المبيع أو في عدد المقبوض فالقول للمشتري لأن المشتري قابض والقول للقابض في قدر المقبوض هل هو واحد أو اثنان وفي الوصف وتعيينه. وهل هذا هو المقبوض أو غيره إلاّ أنه تقبل البينة من المشتري لإسقاط اليمين مثال ذلك إذا اشترى شخص من آخر بغلة بألفي قرش واستلمها ثم أراد ردها واسترجاع الثمن لوجود عيب قديم فيها فأقر البائع بالعيب القديم إلا أنه ادعى أنه باع تلك البغلة مع بغلة أخرى بذلك المبلغ وأنه يرد حصتها من الثمن فقط وادعى المشتري أن البائع لم يبعه إلا بغلة واحدة بالمبلغ المذكور أو ادعى أنه أخذ بغلتين بألف قرش إلاّ أنه لم يستلم منهما إلاّ هذه البغلة التي وجد فيها العيب وأنه يريد ردها واسترجاع كل الثمن وادعى البائع أن المشتري استلم منه البغلتين وأنه يرد له من ثمن المبيع حصة هذه البغلة فقط فالقول للمشتري مع اليمين لأنه قابض ينكر الزيادة التي يدعيها البائع ولأن الفسخ بالرد مسقط للثمن عنه ولأن البائع يدعي بعض الثمن بعد ظهور سبب السقوط والمشتري ينكره إلاّ أن للمشتري أن يقيم البينة تخلصاً من اليمين إذا أراد. كذلك إذا اختلف المتبايعان في الثمن فالقول للمشتري مثال ذلك: إذا اشترى شخص من آخر شيئين بصفقة واحدة أو بصفقتين أحدهما بألف قرش والآخر بخمسمائة قرش واستلمهما ثم ظهر بأحدهما عيب فرده للبائع بخيار العيب فاختلف البائع والمشتري في ثمن المردود بأن ادعى البائع أن الشراء الذي رد له هو الذي قيمته ألف قرش وادعى المشتري عكس ذلك فالقول في ذلك للمشتري. أما إذا اشترى شخص عبدين من آخر بصفقتين أو صفقة واحدة على أن يكون ثمن أحدهما معجلاً وثمن الآخر مؤجلاً فرد المشتري أحدهما بخيار العيب فادعى البائع أنك رددت العبد المؤجل ثمنه وادعى المشتري أنه رد المعجل ثمنه فالقول في ذلك للبائع ولا يمين عليه سواء أكان العبد الذي في يد المشتري موجوداً أم لا.

المسألة الثانية - اذا اشترى شخص شيئين من آخر وبعد أن استلمهما تلف أحدهما ثم أراد رد ما في يده بخيار العيب فادعى البائع بأن ثمنه كان ذهباً وادعى المشتري أنه كان فضة فالقول للمشتري.

﴿المادة ٣٣٨﴾ العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة

العيب في المبيع هو الذي يوجب نقصاً في قيمته عند التجار الذين يبيعون ويشترون أمثاله أو الذي تقتضي الخلقة السليمة أن يكون البيع عارياً وخالياً منه أو الذي يفوت الغرض والمقصود منه أو الذي لا يمكن إزالته بلا مشقة وكل ذلك يوجب نقصاناً في المالية والنقصان في المالية يوجب الانتقاص في القيمة «ملتقى ومجمع الأنهر».

توضيح القيود: التجارب وأرباب الخبرة.

مثلاً: إذا كان المبيع جوهراً من المجوهرات كالماس واللؤلؤ فتجاره وأرباب الخبرة فيه هم الصياغ: وإذا كان كتاباً فأربابه العلماء وأصحاب المكاتب، وعليه فالذي يوجب نقصان القيمة عند هؤلاء يدعى عيباً ولا يشترط حصول النقصان في القيمة عند التجار الذين يشتغلون في تجارة وصنعة ذلك المبيع «طحطاوي» والمقصود من النقصان هنا هو حصول النقصان في قيمة المبيع لا في ثمنه المسمى لأن ثمن المبيع قد يكون أقل من قيمته بدرجة فاحشة والنقصان الذي يطرأ على الثمن بسبب العيب لا يؤدي إلى حصول نقصان في المبيع.

الخلقة السليمة: أما الذي يكون من مقتضى الخلقة السليمة فلا يدعى عيباً وعليه فإذا اشترى شخص من آخر حنطة فوجدها رديئة فليس له رد تلك الحنطة بخيار العيب ولو ادعى أنه لم يعلم بأن تلك الحنطة رديئة لأن الحنطة في خلقتها الأصلية إما رديئة وإما حسنة وإما متوسطة أما الحنطة التي تكون حباته فارغة من تأثير الطقس فيها والتي لا تدرك جيداً والتي أصابها بلل فهي معيبة. وليس من اشترى كأساً فضياً لا عيب فيه أن يرده بسبب رداءته ولا لمن اشترى حصاناً كبير السن أن يرده لكبره ما لم يشرط في العقد أن يكون صغير السن.

الغرض والمقصود من المبيع: إذا اشترى شخص شاة لأجل الأضحية فكان فيها ما يمنع أن يضحى بها كأن كانت مقطوع الأذن فللمشتري أن يردها بخيار العيب لأن الغالب في مثل ذلك المبيع أن لا يكون مقطوع الأذن مثلاً ولأن ذلك العيب مفوت لغرض المشتري أما إذا كان اشترى تلك الشاة لغير الأضحية فوجدها مقطوعة الأذن فما لم يكن ذلك القطع عيباً عند التجار وأرباب الخبرة فلا يردها بخيار العيب إلّا إن ادعى أنه اشتراها للأضحية. وإذا وقع الشراء في أيام الأضحية وكان ممن يجب عليه أن يضحي فالقول له ولو اشترى شخص شجرة ليقطعها ويعمل منها باباً وبعد القطع تبين أن خشبها لا يصلح للأبواب فللمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن وليس له أن يردها لأن القطع مانع للرد.

إزالة العيب بلا مشقة: ويشترط في العيب أن لا يمكن إزالته بلا مشقة ولا ضرر فعليه فوجود نجاسة في ثوب لا يضره الغسل ليس بعيب وإن ضره الغسل كان عيباً. ووجود آثار الزيت في الثوب عيب إذ لا يمكن إزالة الزيت منه بغير مشقة.

يجب في العيب أن يكون ظاهراً عند الكل: فلو قال بعض التجار إن هذا عيب وقال آخرون أنه ليس بعيب فليس للمشتري رده بخيار العيب أنظر المادة (٤).

إن هذه المادة ضابط كلي تبين على سبيل الإجمال العيوب الموجبة للخيار وإليك الأشياء المعدودة من العيوب والأشياء التي لم تكن معدودة منها.

المسائل التي صرح أنها معدودة من العيوب:

ـ أولاً:عدم نهق الحمار حسب المعتاد.

أن تكون الدار أو العرصة مشئومة أو في ضمنها قبر.

أن يكون في الحنطة تراب أو سوس أو تكون ذات رائحة كريهة أو حباتها ضئيلة أو غير مدركة.

أن يكون في الكرم نمل كثير فوق العادة.

أن يكون في الحائط خرق كبير.

أن يظهر الجمل الذي بيع على كونه هجيناً أنه من جنس آخر.

أن يظهر في الكتاب المباع نقص جزء أو جزئين منه.

أن يظهر في الفرو المباع نحت.

أن يتبين اللحم المباع على أنه ضأن أنه لحم ماعز.

أن يتبين أن البقرة التي بيعت ترضع جميع ما في ضرعها من اللبن.

أن يصيح الديك المباع في غير الوقت المعتاد.

أن يتوقف الحصان المباع عن المشي أو الانقياد.

وأن يكون الحذاء ضيقاً لا يمكن لبسه.

أن تكون العرصة طريقاً للناس أو مسيلاً لهم.

أن يكون في الكرم حصة لا خير في حائطه

أن يكون في الدهن ملح زائد عن المعتاد.

أن تشترى دار مع مسيل لها في ملك آخر فيتبين أن المسيل لم يكن لها فجميع ما ذكر عيوب

ثانياً: إذا اشترى عرصة على أن ضريبة الأملاك التي تأخذها الحكومة عنها مائة قرش فظهر أن ضريبتها أكثر من ذلك فإذا عد ذلك عيباً عند التجار فللمشتري ردها بخيار العيب.

ثالثاً: إذا اشترى عقاراً على كونه لا ضريبة عليه فظهر بعد الشراء أن عليه ضريبة فللمشتري الخيار بين أن يأخذه مع ضريبته بجميع الثمن المسمى وبين أن يرده.

رابعاً: الحمار الذي بيع على كونه في السنة الخامسة من عمره فظهر أنه في العاشرة منه وعد ذلك عيباً يوجب نقصان القيمة فللمشتري رده بذلك العيب.

خامساً: قلة أكل الحيوان العلف عن المعتاد وعثوره ووقوعه دائماً عيب أما كثرة أكله فوق العادة وعثوره ووقوعه أحياناً فليس بعيب.

سادساً: أكل الحيوانات كالبقر النجس إن كان دائماً فهو عيب وإلا فلا. أنظر المادة (٤٢).

سابعاً: نزو الحمير على الحمار الذكر المباع بمطاوعته عيب وإن كان بالجبر والقهر فلا.

ثامناً: إذا ظهرت فردة الحذاء أضيق من الفردة الأخرى فإن كان ذلك الضيق خلاف المعتاد وغير ناشئ عن علة في رجل المشتري فللمشتري رده وإلّا فلا.

وإذا ظهر أن البقرة التي اشتراها غير حلوب فإن كانت تشتري للبن فله خيار العيب وإذا كانت تشتري للذبح فلا.

مشي الحمار ببطء ليس بعيب ما لم يشترط المشتري أن يكون سريعاً في سيره أنظر المادة (٣١٠). وليس بعيب وجود كتابة على باب الدار المباعة «إن هذه الدار موقوفة» لأن حسب المادة (١٧٣٦) إذ لا يبنى على مثل هذا الخط حكم شرعي ولا تثبت به وقفية تلك الدار كما في المادة (١٧٣٦).

﴿المادة ٣٣٩﴾ العيب القديم هو ما يكون موجوداً في المبيع وهو عند البائع.

يعني يشترط في ثبوت خيار البيع للمشتري أن يكون العيب في المبيع موجوداً وهو في يد البائع وعليه فالذي يحدث بعد البيع والتسليم لا يكون للمشتري به خيار العيب وإذا اختلف البائع والمشتري في العيب فادعى البائع أن العيب لم يكن قديماً وأنه حدث وهو في يد المشتري وادعى المشتري أنه كان وهو في يد البائع فإن كان من المحتمل حصوله وهو في يد المشتري فالقول مع اليمين للبائع أنظر المادة (١١) لأن البائع منكر للخيار إلّا أنه ترجح بينة المشتري في حق قدم ذلك العيب لأنه يثبت بها الخيار أنظر المادة (٧٧) «رد المحتار، والهندية».

أنواع العيوب التي تحدث في المبيع بعد البيع والتسليم:

العيوب التي تحدث في المبيع بعد البيع والقبض على خمسة أنواع:

١ : بفعل البائع ففي هذه الصورة ليس للمشتري رد المبيع لبائعه ولو كان في المبيع عيب آخر قديم وإنما له أن يرجع على البائع بنقصان الثمن الحاصل في المبيع بفعله كما أن له الرجوع بنقصان الثمن بالعيب القديم.

٢ : بفعل المشتري: وعليه فليس للمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن الذي حصل بفعله إلّا أنه إذا وجد في المبيع عيب قديم فله استرداد نقصان الثمن الحاصل بذلك العيب.

٣ : بفعل الأجنبي: وفي هذه الصورة يضمن الأجنبي نقصان القيمة وليس للمشتري رد المبيع إلى بائعه إلا أن له استرداد نقصان الثمن إذا ظهر فيه عيب قديم.

٤ : بفعل المبيع نفسه المعقود عليه.

٥ : بآفة سماوية وفي هاتين الصورتين ليس للمشتري أن يرجع على أحد بشيء إلّا إذا وجد

فيه عيب قديم آخر فيرجع على البائع بنقصان الثمن ما لم يقبله البائع بعيبه «طحطاوي».

﴿المادة ٣٤٠﴾ العيب الذي يحدث في المبيع وهو في يد البائع بعد العقد وقبل القبض حكمه حكم العيب القديم الذي يوجب الرد.

سواء كان للبائع خيار الشرط أولا لأن المبيع قبل القبض في ضمان البائع وكذا بعد القبض إذا كان الخيار للبائع وحده «باجوري». أما المشتري فليس له خيار العيب بما حدث بعد القبض من العيوب «رد المحتار» فلذلك إذا حدث عيب فيما يراد بيعه قبل عقد البيع ثم زال منه ذلك العيب ثم عاد إليه بعد البيع والتسليم وهو في يد المشتري فليس للمشتري رده مثلاً: إذا كان ما يباع أعرج وهو في يد البائع وبعد أن زال عرجه بيع من آخر فعاد إليه ذلك العرج وهو عند المشتري فليس للمشتري رده. وقيل إذا كان عودة العرج إليه بسبب عرجه الأول فله رده لتقدم سبب العيب«رد المحتار، والباجوري».

أنواع العيوب التي تحدث في المبيع قبل التسليم:

ان العيوب التي تحدث في المبيع وهو في يد البائع على خمسة أوجه:

١ : بفعل البائع وفي هذه الصورة يخير المشتري بين أن يتركه وبين أن يقبله على أن ينزل من الثمن مقدار النقصان لأن للأوصاف إذا كانت مقصودة بالإتلاف حصة من الثمن ويثبت ذلك الخيار للمشتري سواء وجد في المبيع عيب قديم آخر أو لا.

٢ : بفعل المشتري: وفي هذه الصورة يلزم المشتري أن يدفع جميع الثمن وليس له أن يرجع على البائع بشيء إلا إذا حبس البائع المبيع بعد جناية المشتري لأجل استيفاء الثمن وكان فيه عيب قديم فللمشتري رد المبيع بالعيب القديم ويسقط عنه الثمن المسمى غير أنه يضمن للبائع النقصان الذي حصل في المبيع بفعله (طحطاوي).

٣ : بفعل الأجنبي. وفي هذه الصورة يكون الخيار للمشتري بين أخذ المبيع بجميع الثمن وتضمين الجاني النقصان وبين تركه ويسقط عنه الثمن المسمى.

٤ : بفعل المبيع نفسه وفي هذه الصورة أما أن يتركه المشتري وأما أن يقبله وينزل من الثمن مقدار النقصان «طحطاوي» ومع العيب بفعل المبيع نفسه أو بآفة سماوية لا يرده بالعيب القديم لأنه يلزم الرد بعيبين وإنما يرجع بحصة العيب القديم إلا إذا رضي البائع به ناقصاً «رد المحتار».

٥ : بآفة سماوية. وفي هذه الصورة إذا كان النقص في الوصف فالمشتري مخير بين تركه وبين أخذه بكل الثمن وليس له تنزيل النقصان من الثمن وإذا كان النقص في القدر فللمشتري أن ينزل من الثمن مقدار ذلك النقصان ويخير في الباقي بين أن يتركه وبين أن يقبله وذلك إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً أو من المعدودات المتقاربة وتلف جزء منه. الوصف: هو الذي يدخل في البيع بلا ذكر كالبناء والشجر في بيع الأرض وكالأطراف من نحو اليد والرجل والأذن في بيع الحيوان

وكالجودة في بيع المكيلات والموزونات ولا حصة للأوصاف من الثمن إلا إذا كان هناك جناية عليها واستحق شيء منها فيرجع بحصته من الثمن.

﴿المادة ٣٤١﴾ إذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب.

لا يكون للمشتري خيار العيب:

أولاً – إذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا وقبل المشتري مع علمه بالعيب.

ثانيا – إذا رأى المشتري ذلك العيب وقت الشراء واشتراه مع علمه بالعيب.

ثالثاً – إذا لم يطلع على العيب حين البيع والقبض وإنما اطلع عليه بعد ذلك فرضي.

رابعاً – إذا اشترى المبيع بعد أن اخبره شخص ثالث بوجود عيب فيه فليس للمشتري حق الخيار بسبب ذلك العيب أنظر المادة(٥١) حتى أنه لو رأى جرحاً في البغلة التي اشتراها أثناء الشراء فقال له البائع أن هذا الجرح حادث من ضربة أو جرح بسيط يلتئم في مدة قليلة أو قال له إذا ظهر أن الجرح قديم أو سيئ العاقبة فانني مستعد حينئذ لاعطاء الجواب أو ما أشبه ذلك ثم ظهر أن الجرح قديم ومهلك فليس له أن يردها على البائع «مشتمل الأحكام ونقول البهجة، والهندية» فلذلك لو باع شخص من آخر فرساً فيها جرح وقال للمشتري لا تخف من هذا الجرح وإذا تلفت الفرس منه فأنا ضامن لك ثم تلفت بعد القبض فلا شيء عليه.

وكذلك لو أخبر شخص آخر أن في الشيء الفلاني عيباً فاشتراه فليس له خيار العيب ويشترط عند الإمام الأعظم أن يكون المخبر عدلاً أما عند الإمامين فلا يشترط ذلك ولا يكون للمشتري خيار العيب ولو كان المخبر عدلاً «مشتمل الأحكام» بسبب ذلك العيب: لأنه إذا وجد فيه عيب آخر فللمشتري الخيار إذا لم يكن من رضاه بذلك العيب الآخر.

وإذا قال البائع بعد القبض ان في المبيع عيباً فلم يصدقه المشتري بل قال أن غرضه أن اردہ عليه فقبضه اياه لا يكون رضاء بالعيب وكذا تصرفه فيه ما لم يصدقه لكن الاحتياط أن يقول له أن لا أعلم بذلك ولا أرضى بالعيب فلو ظهر عندي ارده عليك «رد المحتار».

ولو اشترى شخص حيواناً مجروحاً مع علمه بعيبه هذا وبعد أن عالج ذلك الجرح ظهر له فيه عيب قديم آخر فهو مخير بالعيب الآخر حتى لو تصالح مع البائع على العيب القديم على مال فظهر له بعد الصلح عيب آخر قديم فله أن يرده على البائع مع بدل الصلح «البزازية» (الفصولين) (الهندية) مع علمه بأنه عيب فعليه لو رأى المشتري العيب حين الشراء غير أنه لم يعلم بأنه عيب عند التجار ولكن علم به فيها بعد فلا خيار له إذا كان ذلك العيب من العيوب الظاهرة التي يعلمها كل إنسان وإلا فله الخيار ويعلم من هذه المسألة مسائل كثيرة «رد المحتار»

مثال ذلك: إذا رأى المشتري جرحاً في البغلة التي يريد شراءها فاشتراها وهو لا يعلم أن ذلك الجرح عيب عند أرباب الخبرة بعد القبض فله ردها.

(الصلح عن العيوب) إذا اشترى شخص شيئاً فظهر فيه عيب قديم واراد رده فانكر البائع وجود ذلك العيب حين البيع فتصالحا على أن يدفع البائع إلى المشتري كذا قرشاً معجلاً أو مؤجلاً وأن لا يرد المشتري إليه المبيع فالصلح صحيح ويكون حطا من الثمن بالعيب أما إذا تصالحا على أن يدفع المشتري إلى البائع كذا قرشاً وأن يرد إليه المبيع فإن وقع هذا الصلح بناءً على إنكار البائع للعيب أو بناءً على حدوث العيب في المبيع وهو في يد المشتري فالصلح صحيح وإلا فلا يكون ما دفعه المشتري رشوة.

وإذا تصالحا على العيب القديم على أن يدفع البائع كذا قرشاً ثم زال ذلك العيب بدون أن يداويه المشتري فللبائع أن يسترد من المشتري بدل الصلح أنظر المادة (٩٧) أما إذا زال العيب بتداوي المشتري فليس للبائع استرداد ذلك البدل (در المختار)

ولو ادعى المشتري عيباً قديماً في المبيع وتصالح مع البائع على مال فظهر الا عيب فيه فللبائع أن يسترد بدل الصلح (بزازيه).

﴿المادة ٣٤٢﴾ إذا باع مالاً على أنه بريء من كل عيب ظهر فيه لا يبقى للمشتري خيار عيب.

ليس للمشتري خيار العيب سواء أكان العيب موجوداً أثناء البيع أم حدث بعده قبل التسليم وسواء أكان المبيع حيواناً أم غير حيوان لأن هذا الإبراء إسقاط والإسقاط تمليك وان كان لا يحتاج إلى تسلم وتسليم لأن الجهالة فيه تدعو إلى النزاع ولا توجب فساد العقد (درر) أنظر المواد ٥١و ٨٣و ١٥٦٢.

مثلاً إذا قال البائع للمشتري حين إجراء البيع قد بعتك بغلتي هذه بألف قرش على أن أكون بريئاً من دعوى العيب أو قال ذلك القول أو ما يفيده رجل آخر فاشتراها المشتري على هذا الشرط فالبيع صحيح أنظر شرح المادة ١٨٨ سواء كان المتبايعان يعلمان بالعيوب التي في البغلة أو لا وسواء أشير في الإبراء إلى تلك العيوب أو لا ويدخل في الإبراء حسب هذه المادة العيوب الموجودة حين العقد فقط وعند أبي يوسف تدخل العيوب التي تحدث بعد البيع وقبل القبض فيبرأ البائع من الجميع فلا يدعي عليه بأية دعوى عيب (شرنبلالي) أنظر المادة ١٥٩٢.

فعلى ذلك لا فائدة في اختلاف الطرفين في أن العيب حدث بعد العقد أو كان موجوداً حين العقد ولكن كيف يفعل إذا عقد هذا البيع على هذا الشرط وحدث عيب أن يكون للإبراء السابق تأثير على الحقوق اللاحقة(شارح)- من كل دعوى عيب- أما إذا باع على أن يكون بريئاً من كل عيب قائم وموجود في المبيع فلا يدخل في ذلك الإبراء إلا العيوب الموجودة وقت البيع فقط.

وإذا لم تشترط البراءة المذكورة في هذه المادة وقت البيع بل قال المشتري بعد الشراء للبائع ابرأتك من كل حق لي فيدخل في ذلك إبراء العيب أما الدرك فلا يدخل فيه لأن العيب حق ثابت للمشتري في الحال بخلاف الدرك «هندية» ويراجع في شأن الدرك المادة(٦١٦) مثال دخول العيب إذا ابرأ المشتري البائع بعد البيع قائلاً له أبرأتك من كل حق فظهر بعد ذلك عيب فليس للمشتري الرد بخيار العيب أنظر المادة (١٥٦٢) إذا ابرأ للمشتري الأول بائعه من العيب بعدما وجد المشتري الثاني به عيباً قبل رده صح حتى لو رده الثاني عليه فليس له أن يرده على بائعه الأول (بزازية).

عدم دخول الدرك- بعد الإبراء المذكور أي إذا ابرأ المشتري البائع بعد الشراء من كل حق له فضبط المبيع بالاستحقاق فللمشتري أن يرجع بالثمن على الكفيل بالدرك لا على البائع وحق الرجوع يتوقف على ضبط المبيع بالإستحقاق وعلى الرجوع عل البائع بثمن المبيع والحكم عليه لأنه بمجرد الاستحقاق لا ينقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فما لم يجب على الأصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل (رد المحتار). (من كل عيب) أي من عموم دعاوى العيب أما إذا باع شيئاً على أن تكون ذمته بريئة من دعوى عيب خاص فالتخصيص معتبر ولا تبرأ ذمته إلا من دعوى ذلك العيب فقط(هندية)

﴿المادة ٣٤٣﴾ من اشترى مالاً وقبله بجميع العيوب لا تسمع منه دعوى العيب بعد ذلك مثلاً لو اشترى حيواناً بجميع العيوب وقال قبلته مكسراً محطماً أعرج معيباً فلا صلاحية له بعد ذلك أن يدعي بعيب قديم.

أي إذا اشترى حيواناً وشرط فيه أن يكون مقبولاً بكل عيب فيه وتم العقد عل ذلك فيكون كأنه قد ابرأ ذمة البائع من كل عيب فلا يحق له بعد ذلك دعوى العيب منه أنظر المادتين ٥١ و١٥٦٢ .

إن هذه المادة متحدة مع المادة الأنفة في المآل والمعنى إلا أن الشرط في المادة الأولى كان من البائع والقبول من المشتري وفي هذه المادة بالعكس.

المعاملة التي تجري عند ادعاء البائع البراءة من العيب إذا ادعى البائع أن المشتري ابرأه من دعوى العيب أو أنه رضي بالعيب أو أنه كان عالماً به وقت الشراء وقبله فإن أقر المشتري بادعاء البائع أو أثبت البائع ما ادعاه بعد إنكار المشتري فليس للمشتري رد المبيع وإلا يحلف المشتري بطلب البائع على أنه لم يعلم بذلك العيب وقت المبيع أو لم يرض به أو أنه لم يبريء البائع أنظر المادة(١٦٣٢) فإن حلف يرد المبيع وأن نكل فلا «در المختار، ورد المحتار».

﴿المادة ٣٤٤﴾ بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع إذا تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره مثلاً لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضا بالعيب فلا يرده بعد ذلك.

الغرض من العيب هنا العيب القديم لأن التصرف بالشيء تصرف الملاك دليل على استبقاء المبيع في ملكه فلذلك لا يحق للمشتري أن يرد المبيع بخيار العيب بعد تصرفه فيه كما أنه ليس له الرجوع بنقصان الثمن أنظر المادة(٥١).

مستثنى-: أولاً: إذا اطلع المشتري على العيب في المبيع وهو في البرية أثناء السفر فحمل عليه ماله خوفاً من ضياعه في البرية فلا يكون ذلك مانعاً من الرد لأنه معذور في هذه الحال (قهستاني، الدر المختار، والهندية).

ثانياً: . . . إذا ركب المشتري المبيع بعد أن اطلع على عيبه بقصد رده إلى البائع .

ثالثاً: إذا ركبه لجلب علف أو تبن أو حشيش له أو بقصد اسقائه الماء ووجدت ضرورة للركوب كأن كان غير قادر على المشي فلا يسقط خياره أما إذا لم تكن هنالك ضرورة وركبه المشتري لجلب علف أو تبن أو حشيش له ولحيوان آخر معه فيسقط خياره.

وعليه فإذا اختلف المتبايعان في ذلك فادعى البائع أن المشتري ركبه لنفسه وأنه سقط خياره وأدعى المشتري أنه ركبه ليرده عليه فالقول للمشتري لأن ظاهر الحال شاهد له.

تصرف الملاك - أولاً العرض للبيع ثانياً المساومة ثالثاً البيع رابعاً الاستعمال كالركوب والتحميل والمداواة واللبس خامساً الايجار والرهن أو السكنى في الدار وطلب الكراء والتعمير والهدم وقص الصوف والزراعة والصبغ وجمع الثمر وما إلى ذلك، سادساً الهبة واداء باقي الثمن والارضاع - وحلب اللبن وقص الثوب وامثال ذلك وإليك التفصيل:

١ - إذا عرض المشتري المبيع للبيع بعد الإطلاع على عيبه القديم سواء عرضه على البائع أو على أجنبي ففي ذلك رضاء منه بالعيب القديم فليس له أن يرده بذلك العيب ولا أن يرجع على البائع بنقصان الثمن أما إذا وجد البائع ثمن المبيع زائفاً فعرضه للبيع فلا يعد ذلك رضاءً بالعيب (شارح) حتى لو قال البائع للمشتري أعرض المبيع للبيع فإن لم يشتره احد رده عليَّ ففعل فلا خيار له أما إرسال المبيع إلى السوق فلا يسقط الخيار ما لم يعرض للبيع وكذا لا يسقطه إرسال القماش للخياط ليعرف المقدار الكافي منه للثوب أو عرضه على المقومين ليعرفوا قيمته.

٢ - إذا ساوم البائع المشتري وقال له هل تبيعه مني فأجابه المشتري بقوله نعم فقد بطل حق رده بالعيب (أنقروي).

٣ - إذا أراد المشتري رد الحذاء لضيقه فقال له البائع إذا لبسته يوماً يتسع عليك فلبسه فلم يتسع عليه فليس له رد.

٤ - إذا باعه المشتري بعد اطلاعه على عيبه سقط خياره حتى لو وكل المشتري آخر ببيعه ثم اطلع على عيبه فباعه الوكيل فإن كان ذلك بحضوره ولم يعترض فذلك رضاء منه بالعيب (رد

المحتار) إلاّ أن طلب المشتري من البائع إقالة البيع بعد اطلاعه على العيب لا يعتبر عرضاً للبيع ولهذا إذا لم يقبل البائع بالاقالة فللمشتري رده بالعيب.

٥ - إذا ركب المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيبه بقصد اختيار سيره أو عالج عيبه ولو كان يجهل حين المعالجة أن ذلك العيب قديم أو كان المبيع ثوباً فلبسه بعد الإطلاع على عيبه للتجربة أو غيرها أو باع جزءاً منه فقد سقط خياره.

٦ - إذا أجر المشتري الدار التي اشتراها بعد اطلاعه على عيبها أو عرضها لذلك أو رهنها أو ابتدأ بالسكنى أو طلب الكراء ممن يسكنها أو عمرها أو هدم محلاً فيها أو قص صوف الشاة أو أسقى الأرض أو زرعها أو قطع أغصان الكرم أو جمع ثمرها بعد أن أطلع على ما فيها من العيوب فلا حق له في الخيار. أما دوام السكنى في الدار المباعة له وقد علم بالعيب فلا يسقط خيار عيبه.

٧ - إذا وهب المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيبه ولو لم يسلمه أو أدى للبائع باقي الثمن المسمى أو كان المبيع بقرة فارضع ابنها منها أو حلب لبنها أو قص القماش المبيع ثوباً بعد اطلاعه على العيب فقد سقط خياره أما إذا ارضع ابن البقرة منها بنفسه فلا.

بعد اطلاعه على عيبه: إذا أجر إنسان ما اشتراه من آخر ثم اطلع على عيبه فله نقض الإجارة ورد المبيع بخيار العيب أما إذا رهنه من آخر ثم اطلع على العيب فله رده بعد تأدية الدين وفك الرهن وليس له فسخ الرهن.

إذا داوى المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيبه فذلك رضاء منه بالعيب إلاّ أنه إذا ظهر له بعد ذلك عيب قديم فله رده بذلك العيب لا غير إذ يحتمل أن يرضى بعيب واحد ولا يرضى بعيبين.

البيع قبل الإطلاع على العيب: إذا باع المشتري ما اشتراه قبل الاطلاع على عيبه ثم اراد المشتري الثاني أن يرده عليه بعيب كان فيه وهو في يد البائع الأول فإذا أنكر البائع الثاني العيب فلا بد:

(١) - أن يثبت المشتري الثاني العيب القديم بالبينة.
(٢) - أن يثبت أيضاً أن البائع الثاني أقر بالعيب القديم في المبيع.
(٣) - أن يكلف البائع الثاني بحلف اليمين على عدم وجود عيب قديم في المبيع فينكل عنه
(٤) - أن يقر البائع الثاني بأنه اشتراه من البائع الأول بعيب قديم فيه مع عدم علمه بذلك

يبت ويمتنع عن استرداد المبيع وإذا أعاده المشتري الثاني بحكم الحاكم بأحد هذه الوجوه الأربعة فللبائع الثاني أن يتقاضى مع البائع الأول بالعيب القديم ويثبت مدعاه أو يحلف اليمين ويرد المبيع إليه والرد فسخ لحكم عقد البيع من الأصل فيكون البيع الثاني كأن لم يكن أنظر المادتين (١٦٥٤ و١٦٥٥) ولا يستلزم الحكم بالرد على البائع الثاني بالرد على البائع الأول ولا يكون إنكار البائع الأول العيب مانعاً من الرد لأن هذا الإنكار قد تكذب شرعاً بحكم القاضي أنظر المادة (٥٩)

وشرحها. قد ذكر في صدر هذه المسألة (إذا باعه من آخر وسلمه) لأن المشتري الأول إذا باع المنقول وقبل أن يستلمه من اشتراه منه أطلع على عيبه فرده عليه فليس له أن يرده على البائع الأول سواء كان لك الرد بحكم القاضي أو لا لأن بيع المنقول قبل القبض غير جائز فلا يعد ذلك الرد بيعاً جديداً وإنما هو فسخ من الأصل وكذلك لو باع العقار فاطلع المشتري الثاني على عيبه قبل التسليم فرده عليه برضاه فليس له رده على بائعه الأول إلّا أن بيع العقار جائز قبل القبض.

ليس للبائع الثاني رد المبيع على البائع الأول بالصور الآتية:

(١) - إذا أقر البائع الثاني بعد رد المبيع له بعدم وجود عيب فيه.

(٢) - إذا حدث في المبيع عيب آخر وهو في يد البائع الثاني.

(٣) - إذا رد المشتري الثاني المبيع على البائع الثاني فقبله برضاه.

(٤) - إذا إدعى المشتري الثاني حدوث العيب في المبيع وهو في يد البائع الثاني وشهد الشهود بذلك.

إيضاح الصورة الثانية: إذا حدث في المبيع عيب آخر وهو في يد البائع الثاني فرده عليه المشتري الثاني فليس له أن يرده على البائع الأول فإن كان البيع الثاني قبل الإطلاع على العيب القديم فله الرجوع على بائعه الأول بنقصان الثمن وإذا حدث ذلك العيب وهو في يد المشتري الثاني فليس للمشتري الثاني رده على المشتري الأول بل له الرجوع عليه بنقصان الثمن كما هو منطوق المادة (٣٤٥). ورجوعه بذلك هو رأي الصاحبين أما عند الإمام الأعظم فلا رجوع له بذلك النقصان أنظر المادة (٣٤٨).

إيضاح الصورة الثالثة: إذا رد المشتري الثاني المبيع على البائع الثاني بلا قضاء القاضي وقبل البائع الثاني ذلك الرد فليس له الرجوع على بائعه الأول مطلقاً ولا طلب نقصان الثمن منه حتى لو كان حدوث العيب وهو في يد البائع الأول لأن الرد في حكم الاقالة والاقالة بيع جديد أنظر شرح المادة (١٩٦) والبائع الأول هنا في حكم شخص ثالث.

إيضاح الصورة الرابعة: إذا ادعى المشتري الثاني وجود العيب وهو في يد البائع الثاني وشهدت الشهود بذلك فليس للبائع الثاني رده على البائع الأول أنظر المادة (٧٩) (رد المحتار).

﴿المادة ٣٤٥﴾ لو حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم ظهر فيه عيب قديم فليس للمشتري أن يرده بالعيب القديم بل له المطالبة بنقصان الثمن فقط مثلاً لو اشترى ثوب قماش ثم بعد أن قطعه وفصله بروداً اطلع على عيب قديم فيه فبما أن قطعه وتفصيله عيب حادث ليس له رده على البائع بالعيب القديم بل يرجع عليه بنقصان الثمن فقط.

سواء حدث العيب بآفة سماوية أو بغيرها وكذلك إذا تلف المبيع في يد المشتري فليس

للمشتري رد المبيع إلا أنه في غير بيع التولية له الادعاء بنقصان الثمن أنظر المادتين (٣١و٤٦) ما لم يرض البائع بقبول المبيع معيباً ولم يكن هناك ما يمنع الرد ففي هذه الحالة يأخذه البائع معيباً ولا يدفع نقصان الثمن أنظر المادة (٣٤٨).

كذلك إذا ذهب المشتري بالمبيع ليرده على البائع بالعيب القديم الذي ظهر فيه. فتلف منه في الطريق تعود الخسارة عليه حسب المادة ٢٩٤ أن له الرجوع على البائع بنقصان العيب «الهندية، الانقروي» إلاّ إذا قبله البائع معيباً.

أما إذا كان العيب الحادث في المبيع حاصلاً بفعل البائع أو بفعل أجنبي فله مع رجوعه على البائع بنقصان الثمن أن يضمن البائع أو الأجنبي نقصان القيمة الحادث بذلك العيب كذلك إذا بل المشتري خيط الحرير أو السختيان بالماء أو وضع الحديد على النار أو لبس الثوب فبلى أو انهدم الحائط المائل أو سن السكين بمبرد ثم ظهر بعد ذلك عيبه القديم فليس له الرد بالعيب وإنما له الرجوع بنقصان الثمن أما إذا سن السكين بحجر ثم ظهر العيب فله رده «الطحطاوي».

كذلك لو اشترى شجرة ليتخذ منها خشباً فظهرت مجوفة أو أنها لا تصلح إلاّ للحطب فله الرجوع على البائع بنقصان الثمن إلاّ إذا رضي بها البائع مقطوعة وفي هذه الحال يجب استرداد كل الثمن وقبولها على حالها «خيرية».

كذلك لو اشترى حنطة للزرع فزرعها فلم تنبت فإذا كان ذلك ناشئاً عن عيب فيها وثبت ذلك بالبينة أو بالإقرار أو بالنكول عن اليمين فله الرجوع على البائع بالنقصان وإلاّ فلا إذ من المحتمل أن يكون عدم نباتها ناشئاً عن سبب آخر كرداءة الحرث أو جفاف الأرض «رد المحتار، انقروي». وإذا رد المشتري المبيع على البائع بعيبه القديم بالقضاء أو بالرضاء أو بالاقالة بعد حدوث عيب فيه فاطلع البائع على ذلك العيب فله أن يرده على المشتري، ويدفع إليه نقصان الثمن كما له أن يقبله بعيبه ولا يطالبه بنقصان الثمن وإذا اعاد المبيع إلى البائع ثانية على هذا الوجه فحدث فيه عيب آخر وهو في يده فلا يرده على المشتري بالعيب الذي كان فيه وهو في يد المشتري بل له أن يأخذ نقصان الثمن الحاصل بالعيب وهو في يد المشتري ما لم يقبله بالعيب الأخير (طحطاوي).

مستثنى - إذا ظهر فيما اشتراه المشتري بطريق التولية بعد القبض عيب قديم فليس له رده ولا الرجوع على البائع بنقصان ثمنه لأنه لو جاز له الرجوع بالنقصان لكان ثمنه الآن انقص من الثمن الأول والتولية تكون بمثل الثمن الأول «رد المحتار».

﴿المادة ٣٤٦﴾ نقصان الثمن يصير معلوماً بأخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض وذلك بأن يقوم ذلك الثوب سالماً ثم يقوم معيباً فما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إلى الثمن المسمى وعلى مقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على

البائع بالنقصان مثلاً لو اشترى ثوب قماش بستين قرشاً وبعد أن قطعه وفصله اطلع المشتري على عيب قديم فيه فقوم أهل الخبرة ذلك الثوب سالماً بستين قرشاً أيضاً ومعيباً بالعيب القديم بخمسة واربعين قرشاً كان نقصان الثمن بهذه الصورة خمسة عشر قرشاً فيرجع بها المشتري على البائع ولو أخبر أهل الخبرة أن قيمة ذلك الثوب سالماً ثمانون قرشاً ومعيباً ستون قرشاً فبما أن التفاوت الذي بين القيمتين عشرون قرشاً وهي ربع الثمانين قرشاً فللمشتري أن يطالب بخمسة عشر قرشاً التي هي ربع الثمن المسمى ولو أخبر أهل الخبرة أن قيمة ذلك الثوب سالماً خمسون قرشاً ومعيباً أربعون قرشاً فبما أن التفاوت الذي بين القيمتين عشرة قروش وهي خمس الخمسين قرشاً يعتبر النقصان خمس الثمن المسمى وهو إثنا عشر قرشاً.

إلا أنه يجب أن يكون أهل الخبرة عدولاً وأن يبلغوا نصاب الشهادة وأن يكون اخبارهم بلفظ الشهادة.

قوله قيمته معيباً: أي بالعيب القديم بدون وجود عيب حادث فيه (شرنبلالي) ويجري التقويم لقيمة المبيع يوم البيع.

وفي ذلك أربع احتمالات:

(١) - أن تكون قيمة المبيع سالماً مساوية للثمن المسمى وقيمته معيباً انقص منه

(٢) - أن تكون قيمة المبيع سالماً زائدة على الثمن المسمى وقيمته معيباً مساوية له.

(٣) - أن تكون قيمة المبيع سالماً ومعيباً انقص من الثمن المسمى.

(٤) - أن تكون قيمة المبيع سالماً ومعيباً ازيد من الثمن المسمى.

ونورد فيما يلي امثلة على ذلك مشيرين إلى كل مثال برقم:

(١) إذا اشترى المشتري قماشاً فقصه وفصله ثوباً له ثم اطلع على عيبه القديم فإذا اخبر أهل الخبرة بطريق الشهادة أن قيمة ذلك القماش سالماً يوم البيع ستون قرشاً وقيمته معيباً بالعيب القديم بخمسة واربعون قرشاً فللمشتري أخذ خمسة عشرة قرشاً من البائع وإقامة الدعوى. أما إذا قص القماش بعد الاطلاع على العيب فهو رضاء بالعيب أنظر شرح المادة (٣٤٤) فليس له الرجوع بالثمن.

(٢) إذا أخبر أهل الخبرة بطريق الشهادة أن قيمته يوم البيع سالماً ثمانون قرشاً ومعيباً ستون قرشاً. فللمشتري أن يطلب من البائع خمسة عشر قرشاً

وهو ما يعادل ربع الثمن المسمى وأن يدعي عليه بذلك المبلغ ويرتب التناسب لحل هذه المسألة الحسابية على الوجه الآتي ٨٠: ٢٠: ٦٠س = ١٥.

(٣) - إذا أخبروا أن قيمته سالماً يوم البيع خمسون قرشاً وقيمته معيباً أربعون قرشاً فالتفاوت الموجود بين القيمتين وهو العشرة قروش خمس الخمسين قرشاً فيعتبر نقصان الثمن إثنا عشر قرشاً.

المسئلة الحسابية في هذه الصورة:

٥٠: ١٠: ٦٠ = ١٢.

(٤) إذا أخبروا أن قيمة القماش سالماً ثمانون قرشاً وقيمته معيباً سبعون قرشاً فالتفاوت بين القيمتين وهو العشرة قروش عن الثمانين قرشاً فيعتبر نقصان الثمن سبعة قروش ونصف قرش.

٨٠: ١٠: ٦٠ = $\frac{١}{٢}$ ٧.

الرجوع إلى بيع المقايضة بالنقصان إذا كان النقصان في بيع المقايضة عشر القيمة مثلاً فيرجع المشتري على البائع بنقصان الشيء الذي تلحقه في اللغة العربية «الباء» أداة الثمن.

مثلاً لو اشترى شخص ببغلة حصان شخص آخر وحصل التقايض بينهما فظهر له في الحصان عيب قديم ومات الحصان على الأثر وهو في يده فيقوم الحصان سالماً ومعيباً فإن كان التفاوت بين القيمتين المقدار العشر فله الرجوع بعشر البغلة لأنها هي بدل الحصان «انقروي» فعلى هذه الصورة يبقى عشر البغلة ملكاً لذلك الشخص.

﴿المادة ٣٤٧﴾ إذا زال العيب الحادث صار العيب القديم موجباً للرد على البائع مثلاً لو اشترى حيواناً فمرض عند المشتري ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للمشتري رده بالعيب القديم على البائع بل يرجع عليه بنقصان الثمن لكن إذا زال ذلك المرض كان للمشتري أن يردّ الحيوان للبائع بالسبب القديم الذي ظهر فيه.

العيب الحادث هو الذي يحدث في المبيع وهو في يد المشتري.

إذا زال العيب الحادث فالعيب القديم يوجب رد المبيع بخيار العيب سواء أخذ المشتري نقصان الثمن من البائع قبل زوال ذلك العيب أو بعده وعلى المشتري أن يرد إلى البائع نقصان الثمن إن كان أخذه منه أنظر المادة (٢٤) فإذا كان نقصان الثمن موجوداً رده بعينه وإذا كان مستهلكاً رد بدله «انقروي، ورد المحتار» وإذا لم يرض المشتري أن يرد المبيع فعليه إعادة نقصان الثمن.

إن الفقرة الأولى من المثال الوارد في هذه المادة قد وردت على طريق الاستطراد أما الفقرة الثانية فهي المثال على هذه المادة.

﴿المادة ٣٤٨﴾ إذا رضي البائع أن يأخذ المبيع الذي ظهر به عيب قديم بعد أن حدث به عيب عند المشتري وكان لم يوجد مانع للرد لا تبقى للمشتري صلاحية الإدعاء بنقصان الثمن بل يكون مجبوراً على رد المبيع إلى البائع أو قبوله حتى أن المشتري إذا باع المبيع بعد الإطلاع على عيبه القديم لا يبقى له حق بأن يدعي بنقصان الثمن مثلاً لو أن المشتري قطع الثوب الذي اشتراه وفصله قميصا ثم وجد به عيباً وبعد ذلك باعه فليس له أن يطلب نقصان الثمن من البائع لأن البائع له أن يقول كنت أقبله بالعيب الحادث فبما أن المشتري باعه كان قد أمسكه وحبسه عن البائع.

ضابط - كل موضع يمكن فيه رد المبيع الموجود في ملك المشتري إلى البائع برضائه أو بغير رضائه فإذا أخرجه المشتري عن ملكه فليس له الرجوع على البائع بنقصان الثمن (رد المحتار) و(انقروي) وبعبارة أخرى إذا كان متعذراً أخذ البائع للمبيع المعيب ناشئاً عن صنع المشتري أي كان بفعل يوجب الضمان عليه فليس للمشتري حق الرجوع بنقصان الثمن كما هو في المثال الآنف الذكر وإلا فله حق الرجوع كتلف المبيع في يد المشتري «خلاصة» أما إذا تلف المبيع وهو في يد المشتري بعد اطلاعه صراحة أو دلالة على عيب فيه أو قبله فللمشتري أن يرجع على البائع بنقصان الثمن.

وعليه فإذا رضي البائع بأن يرد عليه المبيع الذي ظهر فيه عيب قديم بعد حدوث عيب آخر فيه وهو في يد المشتري فإن لم يوجد مانع من الرد فليس للمشتري صلاحية الإدعاء بنقصان من الثمن بوجه من الوجوه إلا أنه يكون مخيراً بين أن يرد المبيع ويسترد كل الثمن المسمى وبين أن يقبله بجميع الثمن وليس للبائع أن يأخذ المبيع بدون رضاء المشتري أنظر المادة «١٦٧».

قد جعل في الرد المذكور رضاء البائع شرطاً لأن المبيع قد خرج من ملكه وهو سالم من العيب الحادث فرده عليه بذلك العيب الحادث أضرار فلا يجوز ذلك بدون رضائه وإذا رضي بأن يقبله معيباً بالعيب الذي حدث وهو في يد المشتري فليس له مطالبة المشتري بنقصان القيمة بالعيب الحادث.

مثلاً: إذا اشترى قماش جوخ بمائتي قرش فقصه وقبل أن يخيطه علم أنه بال فإذا قبله البائع مقصوصاً فللمشتري أن يرده كذلك أو أن يقبله بثمنه المذكور وليس له أن يستبقيه في يده ويطالب بنقصان ثمنه حتى لو باع المشتري كل ما ظفر فيه العيب القديم بعد حدوث عيبه الجديد أو بعضه بعد الإطلاع على عيبه القديم أو قبله أو أخرجه من ملكه بالهبة والتسليم أو بالإقرار به للغير أو بإتلافه بصورة لا تبقي أثر الملكية فليس له حق الإدعاء بنقصان الثمن وكذلك لو كان إخراجه له عن ملكه ناشئاً عن الخوف عليه من التلف.

مثلاً: إذا اشترى سمكة من آخر وبعد أن غاب بائعها اطلع على عيب فيها أخرجها من ملكه خوفاً من أن تتلف لو أبقاها إلى حين حضور البائع الغائب فليس له الرجوع عليه بنقصان الثمن.

قوله في متن المادة «بعد اطلاعه على عيب قديم» ليس قيداً احترازياً إذ يتوقف إخراج المبيع من ملكه على الإطلاع على عيبه القديم أو عدمه.

مستثنى: إذا كان المبيع طعاماً فأكله المشتري أو ثوباً فلبسه حتى بلي فللمشتري الرجوع على البائع بنقصان الثمن عند الإمامين وعليه الفتوى ولو أكل بعضه قبل العلم بالعيب فله أن يرجع بنقصان ثمن ذلك البعض ويرد الباقي «شرنبلالي، والدرر» ومثله لو اشترى قماشاً فقطع منه قميصاً ثم علم بأنه لا ينفع فله الرجوع بنقصان الثمن أنظر المادة (٣٤٥) ويحق للبائع أن يقبله مقطوعاً غير أنه إذا باعه المشتري من آخر أو باع بعضه بعد اطلاعه على عيبه أو قبله أو أخرجه من ملكه بوجه آخر قبل حدوث العيب فيه وهو في يد المشتري أو بعده فليس له الإدعاء على بائعه بنقصان الثمن إلا إذا أحدث فيه زيادة كخياطة ونحوها «رد المحتار» أما إذا قصه ثوباً لولده الصغير ثم علم بالعيب الذي فيه فليس له أن يرده ولا أن يرجع بنقصان الثمن لأنه بقصه ثوباً لولده الصغير يكون قد وهبه من ذلك الولد فخرج من ملكه وذلك فرع من فروع الضابط الذي شرح آنفاً.

ومثله إذا أخرج بعضه من ملكه فليس له الرجوع بنقصان الثمن بالمقدار الذي أخرجه ولا رد الباقي بالعيب إذ يحتمل أن يقول له البائع إنني آخذه بعيبه الحادث وببيعه له أو بإخراجه من ملكه بصورة أخرى يكون قد حبسه وأمسكه حتى لو تقايل المشتري الأول والمشتري الثاني البيع الذي عقد بينهما فليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعه بنقصان الثمن مثلاً: لو باع ثوباً من آخر ثم باعه الثاني من غيره وسلمه إليه ثم تقايلا ثم ظهر فيه عيب قديم وهو في يد البائع الأول فليس للمشتري الأول رده على بائعه بخيار العيب لما أنه ليس الرجوع عليه بنقصان الثمن وإذا اشترى بغلة وقبضها ثم وهبها من آخر قبل الإطلاع على العيب الذي فيها وسلمها إليه ثم رجع عن هبته بغير قضاء ثم اطلع على عيبها فعند الشيخين ليس له الرد أنظر المادة (٩٨) وشرح المادة «١٩٦» وإذا اشترى ثوباً ثم باعه من آخر وسلمه إليه قبل الإطلاع على عيبه القديم فحدث فيه عيب جديد أو تلف وهو في يده ثم ظهر عيبه القديم فله الحق في الرجوع على بائعه وليس لذلك البائع الرجوع به على البائع الأول وإذا أراد المشتري رد المبيع على بائعه لاطلاعه على عيب قديم فأقام البائع البينة عليه بأنه كان أقر ببيعه من زيد فليس له رده سواء كان زيد حاضراً أو غائباً وكذا إذا ادعى البائع أن المشتري باعه من فلان الغائب أو الحاضر وأثبت ذلك فليس للمشتري أن يرده سواء ادعى فلان وقوع البيع له وأقر به أو أنكره وإنكار المشتري الثاني والبائع الثاني ذلك البيع في حكم الإقالة «بزازية، انقروي، در المختار، رد المحتار».

إذا باع: بمعنى إذا أخرج البائع الملك من ملكه بوجه لا يبقى له أثر في ملكيته لأن كما في شرح المادة «٣٤٤» إذا حدث في المبيع عيب فأجره المشتري أو رهنه من آخر قبل اطلاعه على عيبه القديم ثم اطلع

على عيبه القديم فله بعد فسخ الاجار وفك الرهن رد المبيع[١].

﴿المادة ٣٤٩﴾ الزيادة وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته إلى المبيع يكون مانعاً من الرد مثلاً ضم الخيط والصبغ إلى الثوب بالخياطة والصباغة وغرس الشجر في الأرض من جانب المشتري مانع للرد.

ضابط: كل موضع لا يمكن للمشتري أن يرد فيه المبيع القائم في ملكه على البائع برضائه أو بغير رضائه إذا أزاله عن ملكه فله الرجوع على البائع بنقصان الثمن (رد المحتار) وعليه فالزيادة المتصلة غير المتولدة تمنع الرد.

الزيادة على أربعة أنواع:

(١) الزيادة المتصلة المتولدة وهي لا تمنع الرد.
(٢) الزيادة المتصلة غير المتولدة وهي تمنع الرد.
(٣) الزيادة المنفصلة المتولدة وهي تمنع الرد إذا كانت بعد القبض وإلاّ فلا.
(٤) الزيادة المنفصلة غير المتولدة وهي لا تمنع الرد.

التفصيل: الزيادة المتصلة المتولدة من المبيع قبل القبض أو بعده لا تمنع الرد.

فإذا كبر الحيوان المبيع وحصل فيه سمن وهو في يد البائع أو بعد تسليمه للمشتري فكبره أو سمنه غير مانع من الرد في ظاهر الرواية وعليه فإذا أخرجه المشتري من ملكه بعد هذه الزيادة فليس له الرجوع بنقصان الثمن «شرنبلالي».

وقد جاء في الباب الثامن من (الهندية) فإن أبى المشتري الرد وأراد الرجوع بالنقصان وقال البائع لا أعطيك نقصان الثمن ولكن رد علي المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن فليس للبائع ذلك عند أبي حنيفه وأبي يوسف رحمهما الله أما عند الإمام محمد رحمه الله فله ذلك.

ثانياً: الزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغة ونحوها مانعة من الرد، ولو حصلت قبل القبض لأن المشتري يكون بها كالقابض للمبيع وهي كأنها حدثت بعد القبض فتمنع الرد لأنها غير منفصلة عن الأصل فإذا فسخ العقد في القماش الذي ذكر مثالاً في هذه المدة فلا وجه في عدم الفسخ في الزيادة كما أن الزيادة تكن مبيعاً والفسخ إنما يرد على المبيع فقط كما أنه لا وجه لفسخ العقد في الأصل والزيادة معاً وإذا ردت تلك الزيادة إلى البائع وليس لها مقابل فهي رباء أو شبه رباء فخياطة القماش أو صبغه بأي لون كان بخيط المشتري وصبغته وغرس الشجر في العرصة وإنشاء الأبنية عليها وجعل الطحين خبزاً قبل الإطلاع على العيب فكل ذلك مانع من الرد أما إذا حصلت الزيادة فيما ذكر بعد الإطلاع على العيب فلا رجوع بنقصان الثمن أنظر المادة ٢٤٤ (طحطاوي) إن امتناع

(١) لأن هذه التصرفات لا تخرج الملك من ملك المالك بصورة لا تبقي له أثر «المعرب».

الرد بالزيادة المتصلة غير المتولدة لم يكن لحق المشتري فقط بل له ولحق الشرع فعليه فإذا أسقط المشتري حقه ورضي بفسخ البيع وبرد المبيع وقبل البائع بذلك فلا يرد المبيع شرعاً.

إن الصبغة السوداء عند الإمام لا تكون زيادة في البيع بل هي نقصان فيه ولذلك يكون للبائع حق أخذه عنده أما عند الإمامين فهي زيادة فيه كالألوان الأخرى فلا يكون للبائع حق الأخذ عندهما وبما أن المجلة قد أطلقت الصبغ فيفسر على قول الأمامين إبقاء للمطلق على إطلاقه.

ثالثا: الزيادة المنفصلة المتولدة كالولد الذي يتولد من المبيع إذا حصلت قبل القبض فليست مانعة من الرد وإلا فهي مانعة يعني تكون مانعة من رد المبيع بخيار العيب ومانعة من فسخ البيع بكل أسباب الفسخ مثلاً إذا كان المبيع بقرة فولدت عجلاً أو شجرة فأثمرت ثمراً أي حصلت في المبيع زيادة متولدة منفصلة فإن كانت الزيادة والمبيع في يد البائع وهي ليست مانعة من الرد فللمشتري عندما يطلع على عيب فيه أن يرده بزيادته على بائعه أو يقبله بتلك الزيادة بجميع ثمنه المسمى وإن كانت الزيادة وهو في يد المشتري وهي مانعة للرد فللمشتري الرجوع بنقصان العيب حتى لو أن شخصين تقايضا بثور وبقرة وبعد التقايض ولدت البقرة عجلاً فوجد الذي أخذ الثور عيباً قديماً فيه رد الثورة وأخذ قيمة البقرة ولا يرد الأصل إذا تلفت بالعيب ولا إذا تلفت الزيادة المنفصلة المتولدة بآفة سماوية كموت العجل أو تلف الثمر راجع المادة (٢٤) أما إذا استهلك المشتري تلك الزيادة فليس له الرد مثلاً: إذا اشترى بقرة وحلب لبنها وشربه ثم اطلع على عيب قديم فيها فليس له ردها وإنما له الرجوع بنقصان الثمن كذلك إذا اطلع المشتري على عيب قديم في الكرم الذي اشتراه بعد أن أكل من ثمره[1] «مشتمل الأحكام، هندية».

رابعاً: الزيادة المنفصلة غير المتولدة ليست مانعة من الرد حدثت قبل القبض أو بعده مثلاً: إذا كان للمبيع حيواناً فآجره المشتري قبل الإطلاع على عيبه من آخر وأخذ منه بدل الإيجار ثم ظهر فيه عيب قديم فللمشتري رده يعني يفسخ البيع في الأصل ويرد المبيع على بائعه والزيادة للمشتري لأنها متولدة من المنافع وبما أن المنافع لم تكن جزءا من المبيع فالمشتري لم يملكها بمقابل الثمن وإنما ملكها بمقابل الضمان أنظر المادة (٨٥) «رد المحتار والزيلعي».

﴿المادة ٣٥٠﴾ إذا وجد مانع للرد ليس للبائع أن يسترد المبيع ولو رضي بالعيب الحادث بل يصير مجبراً على إعطاء نقصان الثمن حتى أنه بهذه الصورة لو باع المشتري المبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان له أن يطلب نقصان الثمن من البائع ويأخذه منه مثلاً إن مشتري الثوب لو فصل منه قميصاً وخاطه

---

(١) وان لم يجد في المبيع عيباً ولكن وجده في الزيادة فإن كان حدوث تلك الزيادة قبل القبض يورث نقصاناً في المبيع كان له الرد للنقصان في الاصل والا فلا ولو قبض الزيادة والاصل ثم وجد في المبيع عيباً رده بحصته من الثمن لانه صار للزيادة حصة في الثمن بعد قبضها ولو وجد العيب فيها ردها وحدها بحصتها من الثمن «الهندية»

ثم اطلع على عيب قديم فيه ليس للبائع أن يسترده ولو رضي بالعيب الحادث بل يجبر على إعطاء نقصان الثمن للمشتري ولو باع المشتري هذا الثوب أيضاً لا يكون بيعه مانعاً له من طلب نقصان الثمن وذلك لأنه حيث صار ضم الخيط الذي هو من مال المشتري للمبيع مانعاً من الرد وليس للبائع في هذه الحالة استرداد المبيع مخيطاً لا يكون بيع المشتري حينئذ حبساً وإمساكاً للمبيع.

إذا وجد مانع للرد فليس للبائع استرجاع المبيع المعيب من المشتري ولو رضي بذلك البائع والمشتري ويكون البائع مجبراً على إعطاء نقصان الثمن فعلى ذلك فلو رد المشتري المبيع وقبل البائع الرد فلا يحكم بالرد بل يحكم لدى الطلب بنقصان الثمن حسب حكم المادة ٣٥٤ حتى لو أن المشتري باع ذلك المال قبل الإطلاع على عيبه القديم أو بعد الإطلاع عليه أو أخرجه من ملكه بأية صورة كانت أو عرضه على البيع فله أن يأخذ من البائع نقصان الثمن لأن المشتري بتصرفه التصرفات المذكورة لا يكون قد حبس المبيع أي لا يكون أزال حق استرداد البائع للمبيع وإن يكن المادة ٣٤٤ تفيد أن بيع المبيع أو عرضه للبيع بعد الإطلاع على عيبه هو رضاء بالعيب إلا أنه إذا وجد مانع للرد على هذا الوجه فإنه يتقرر حق المشتري بالرجوع على البائع بنقصان الثمن قبل البيع وقبل العرض للبيع فلذلك لا تعد التصرفات المذكورة رضاء بالعيب «رد المحتار» مثلاً إذا اطلع المشتري على أن قماش القميص الذي اشتراه رديء بعد أن قص القماش وخاطه قميصاً فليس للبائع أن يسترد المبيع ولو رضي البائع والمشتري بذلك بل يكون مجبراً على إعطاء نقصان الثمن. وإذا باع المشتري ذلك القميص قبل العلم بالعيب أو قبل العلم به أو أخرجه من ملكه بصورة من الصور فله حسب حكم المادة ٣٤٥ أن يأخذ من البائع نقصان ثمن ذلك القماش لأنه بهذه الصورة قد انضم مال المشتري وهو الخيط إلى المبيع أي حصل في المبيع زيادة متصلة غير متولدة مما يعد حسب المادة الآنفة مانع للرد فبما أنه ليس للبائع أن يطلب أخذ ذلك القماش بعد أن قص وخيط فكذلك إذا أخرج المشتري ذلك القميص من ملكه بوجه من الوجوه كالبيع أو الهبة والتسليم فلا يكون بذلك قد أمسكه وحبس المبيع «رد المحتار» أما إذا اطلع المشتري على عيب في القماش بعد أن قصه ثم بعد اطلاعه خاطه فإن ذلك حسب المادة ٣٤٤ هو رضاء بالعيب فليس له أن يرجع بنقصان الثمن.

﴿المادة ٣٥١﴾ ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً فإن كان قبل القبض كان المشتري مخيراً إن شاء رد مجموعه وإن شاء قبله بجميع الثمن وليس له أن يرد المعيب وحده ويمسك الباقي وإن كان بعد القبض فإذا لم يكن في التفريق ضرر كان له أن يرد المعيب بحصته من الثمن سالماً وليس له أن يرد الجميع حينئذ ما لم يرضَ البائع وأما إذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل

الجميع بكل الثمن مثلاً لو اشترى قلنسوتين باربعين قرشاً فظهرت احداهما معيبة قبل القبض يردهما معاً وإن كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن أما لو اشترى زوجي خف فظهر أحدهما معيباً بعد القبض كان له ردهما معاً للبائع وأخذ ثمنهما منه.

المراد من القبض قبض الجميع فلو قبض المشتري مقداراً من المبيع بعد أن اطلع على عيبه ولم يقبض القسم الآخر منه فالمشتري مخير إن شاء رد مجموعه وإن شاء قبله بجميع الثمن سواء أكان المبيع الذي ظهر معيباً كان القسم المقبوض أو كان القسم غير المقبوض (هندية).

أما إذا قبض المشتري بعض المبيع بعد أن وقف على بيعه فالبيع لازم في المعيب المقبوض وفي السالم غير المقبوض وعلى هذا الوجه لو كان المبيع شيئين فظهر أحدهما معيباً والآخر سالماً وبعد أن أطلع المشتري على العيب قبض السالم منه ولم يقبض المعيب فيبقى خيار المشتري إن شاء قبلهما وإن شاء ردهما معاً وليس له أن يقبل أحدهما ويرد الثاني وليس له تفريق الصفقة أي تفريق عقد البيع كما أنه ليس أن يطالب بنقصان الثمن حتى لو أن المشتري باع المبيع المقبوض لسلامته من العيب فليس له أن يرد الآخر لأنه إذا أمسك أحدهما يوجب ذلك تفريق الصفقة قبل التمام لأن تمام الصفقة يحصل بالقبض فالتفريق في القبض كالتفريق في المقبوض فلذلك بما أن القبض يفيد الملك التصرفي فالقبض يشبه المقبوض.

صفقة واحدة: أما إذا لم تكن الصفقة واحدة وكانت متعددة فللمشتري أن يرد المعيب فقط وتعدد صفقة البيع يحصل بتفصيل الثمن مع تكرار لفظ البيع ولا يكفي تفصيل الثمن فقط كما مر ذلك في شرح المادة ١٧٩ والمادة ١٨٠ «أبو السعود، زيلعي». وأما إذا ظهر بعض ما بيع صفقة واحدة معيبة بعد القبض ينظر فإذا لم يكن في التفريق ضرر كأن يكون المبيع بغلين أو دارين أو حصانين أو ثورين غير معتادين على العمل معا وما أشبه ذلك مما يمكن انفكاك أحدهما عن الآخر في الانتفاع منها كان للمشتري أن يرد المبيع رضاء أو قضاء بحصته من الثمن سالماً لأن الصفقة قد تمت بعد القبض فالبيع بالحصة باق في المبيع السالم وذلك جائز لأن البقاء أسهل من الابتداء وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع فله ردهما برضائه أنظر المادة ١٩٠ فعلى هذا الوجه إذا أراد المشتري رد أحد المبيعات المتعددة بسبب العيب بحصته من الثمن المسمى فإذا كان قد عين البيع حصة ذلك المبيع من الثمن فتكون الحصة معينة ومعلومة وإلا تعين بالنسبة إلى قيمة المبيعات وقت البيع.
مثلاً: لو باع البائع حصانين لآخر أحدهما أدهم والثاني أشقر صفقة واحدة بألف ومئتي قرش وبعد أن سلمهما للمشتري وقبض ثمنهما ظهر الحصان الأدهم سالماً وقت البيع ألف قرش وقيمة الأشقر خمسمائة قرش. فبما أن قيمة الحيوان الأدهم التي هي ألف قرش هي ثلثا مجموع قيمة الحصانين التي هي ألف وخمسمائة قرش فالمشتري يسترد من البائع ثمانمائة قرش وهي ثلثا الألف والمئتي قرش الثمن المسمى ويرد الحصان الأدهم للبائع والعملية الحسابية تكون على هذا الوجه ١٥٠٠ : ١٠٠٠ :

س = ٨٠٠ فحسب المثال المذكور تكون حصة الحصان الأدهم من الثمن المسمى سالماً ثمانمائة قرش فإذا كان المشتري سلم البائع الألف والمتي قرش فله أن يسترد من ذلك ثمانمائة قرش وإذا كان لم يدفع البائع الثمن فيسلم للبائع أربعمائة قرش وهي حصة الحصان غير المعيب.

الاختلاف: إذا ادعى المشتري أن قيمة الحصان الأدهم المعيب وقت البيع ألف قرش وقيمة الحصان الأشقر خمسمائة قرش وطلب استرداد ثلثي الثمن المسمى فخالفه البائع مدعياً أن قيمة الحصان الأدهم المعيب وقت البيع كانت خمسمائة قرش وقيمة الحصان الأشقر ألف قرش وأن عليه رد ثلث الثمن فقط فلا يلتفت لقول أحدهما بل ينظر إلى قيمة الحصانين وقت الخصومة (انظر المادة ٥) فمثلاً إذا كان قيمة كل واحد من الحصانين ألف قرش فبعد أن يحلف كل منهما عن دعوى الآخر يرد المشتري المبيع ويأخذ نصف الثمن المسمى. أما إذا أقام كل من البائع والمشتري بينة على دعواه فتقبل بينة الإثنين منهما في الزيادة التي يدعيانها مثلاً: إذا أقام البائع البينة على أن قيمة الحصان الأدهم ألف قرش وقيمة الأشقر خمسمائة قرش وأقام المشتري البينة بالعكس على أن قيمة الأشقر ألف قرش والأدهم خمسمائة قرش يحكم بموجب بينة البائع على أن قيمة الحصان الأدهم ألف قرش ويحكم بموجب بينة المشتري أيضاً أن قيمة الحصان الأشقر ألف قرش وللمشتري عند رد الحصان الأدهم للمشتري أن يقبض نصف الثمن المسمى. وكذلك إذا أراد المشتري رد أحد المبيعين لوجود عيب قديم فيه بعد أن تلف المبيع الآخر واختلف البائع والمشتري في قيمة المبيع الموجود وفي قيمة المبيع الذي هلك وكان ليس لدى أحدهما بينة فالقول للبائع في قيمة الذي تلف وأما الموجود فيقوم بقيمته يوم الخصومة فإذا أقام البائع والمشتري البينة على قيمة الحيوان المتلف فترجح بينة البائع أما إذا أقام البائع والمشتري البينة على قيمة المبيع الموجود فترجح بينة المشتري.

أما إذا كان في تعريفه ضرر يعني أن يكون غير ممكن أفراد أحدهما عن الآخر في الانتفاع رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن المسمى وليس له رد البعض وقبول البعض الآخر لأن هؤلاء في حكم الشيء الواحد في المعنى فكما أنه إذا كان المبيع شيئاً واحداً واطلع المشتري بعد القبض أو قبل القبض على عيب في بعضه فليس للمشتري رد القسم المعيب منه فكذلك ما في معناه فعليه لو اشترى المشتري قلنسوتين بأربعين قرشاً فظهرت إحداهما معيبة قبل قبضهما يردهما معاً كذلك إذا قبض إحدى القلنسوتين ثم ظهر أن القلنسوة المقبوضة أو غير المقبوضة معيبة فله أيضاً ردهما معاً. وإن كان بعد القبض يرد المعيبة وحدها بحصتها من الثمن سالمة ويمسك الثانية بما بقي من الثمن لأن ليس في تفريق القلنسوتين ضرر ما أما إذا ظهرت القلنسوتان معيبتين فيردهما معاً. (أنظر المادة ٣٣٧). أما لو اشترى زوج حذاء أو دفتي باب أو حصانين ألفا بعضهما بعضاً ولا يشتغلان إلا معاً أو ثورين ألِفا بعضهما على هذا الوجه فظهر بعد القبض أن أحدهما معيب فللمشتري ردهما معاً للبائع وأخذ ثمنهما منه أو إبقائهما في ملكه لأن في تفريقهما ضرراً كما أنه لو اشترى المشتري شيئين من الأشياء التي تعد في حكم الشيء الواحد فباع أحدهما ثم ظهر في الآخر عيب فليس للمشتري رده (خلاصة).

خيار الاستحقاق: يعدّ ضبط بعد المبيع بالإستحقاق موجباً للخيار فعليه إذا اشترى شخص مالاً قيمياً أو مثلياً وقبل قبض كل المبيع ضبط شخص آخر بعض ذلك المبيع بالاستحقاق فما لم يجز ذلك أي المشتري البيع فالبيع ينفسخ في القدر المستحق ويكون مخيراً في الباقي سواء كان الضبط المذكور يورث العيب في باقي المبيع كأن يكون المبيع حصاناً فيضبط نصفه أو كان لا يورث العيب في المبيع الباقي كأن يكون المبيع رأسي خيل فيضبط أحدهما بالاستحقاق فإذا كان المشتري لا يعلم حين الشراء إن ذلك المال ملك للغير فإن شاء فسخ البيع أو قبل الباقي بحصته من الثمن المسمى لأن الصفقة تفرقت على المشتري مع كونها لم تتم قبل القبض ويقال لهذا الخيار خيار الإستحقاق (رد المحتار). مثلاً إذا اشترى شخص من آخر مالين بصفقة واحدة بألف قرش وقبل أن يقبض أحدهما أو بعد قبضه وقبل قبضه الثاني ضبط أحد ذلك المالين بالاستحقاق سواء كان ذلك المضبوط المال المقبوض أو غير المقبوض فإذا كان المشتري لا يعلم حين الشراء أن ذلك المال هو ملك الغير فالمشتري مخير فإن شاء فسخ البيع وإن شاء قبل المال غير المضبوط بحصته من الثمن كما أنه إذا كان المبيع مالاً واحداً وضبط قبل القبض نصفه بالاستحقاق فالحكم في ذلك هو حسب المنوال المشروح.

لا يوجد في مسألتين خيار استحقاق. أولاً: إذا أجاز المشتري البيع فليس له خيار استحقاق (أنظر المادة ٣٤). ثانياً: إذا كان المشتري الذي اشترى أموالاً متعددة بصفقة واحدة يعلم وقت الشراء أن أحد تلك الأموال هي ملك غير البائع فليس للمشتري في هذا الحال خيار استحقاق والبيع يكون لازماً في باقي المبيع بحصته من الثمن (خلاصة). وإذا وقع الاستحقاق بعد قبض المشتري كل المبيع فإذا كان المبيع داراً أو لباساً أو بغلة أو بستاناً أو حذاء مما يورث ضبط جزء منه أو بعضه العيب في الباقي فالبيع ينفسخ في المستحق ويكون المشتري مخيراً في الباقي إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذ الباقي بحصته من الثمن. وإذا كان المبيع دارين أو بنلين فضبط أحدهما أو كان المبيع من المكيلات أو العدديات أو كان من الموزونات التي ليس في تبعيضها ضرر فليس للمشتري خيار بل يجبر على قبول باقي المبيع بحصته من الثمن. (رد المحتار) (طحطاوي) (هندية).

مسألة يسقط فيها خيار الاستحقاق وهي إذا اشترى شخصان بالاشتراك بغلة فضبط نصفها بالاستحقاق فيكونا المشتريان مخيرين حسب التفصيلات السالفة فإن شاءا قبلا النصف بحصته من الثمن وإن شاءا تركاه. أما إذا قبل أحدهما فيأخذ ربع البغلة بربع الثمن وعند الإمام يسقط خيار الآخر فيكون مجبراً على قبول الربع بربع الثمن (خلاصة).

﴿المادة ٣٥٢﴾ إذا اشترى شخص مقداراً معيناً من جنس واحد من المكيلات والموزونات وما قبضه ثم وجد بعضه معيباً كان مخيراً إن شاء قبله جميعاً وإن شاء رده جميعاً.

إذا اشترى شخص مقداراً معيناً من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة صفقة واحدة

ومن جنس واحد وقبض ذلك المبيع أو لم يقبضه ثم ظهر بعضه معيباً وكان كله قائماً وموجوداً فالمشتري مخير إن شاء قبل جميعه بالثمن المسمى أي المعيب وغير المعيب من المبيع وإن شاء رد جميع المبيع ولو كان ذلك المبيع موجوداً في مواضع مختلفة وليس له أن يفرز المعيب ويرده ويمسك السالم منه (رد المحتار) لأن المكيلات والموزونات إذا كانت من جنس واحد وإن تكن في الحقيقة أشياء متعددة ولكنها حكماً وتقديراً كالشيء الواحد لأن الحبة الواحدة ليست متقومة وحدها ولا يجوز بيعها فعليه فالتقوم بالمكيلات والموزونات يحصل باجتماع وانضمام الحبات إلى بعضها البعض فلذلك كما أنه لا يجوز تفريق القسم المعيب ورده وقبول القسم غير المعيب منه فلا يجوز أيضاً في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة التي من جنس واحد التفريق أيضاً.

قد قلنا من جنس واحد فعليه إذا كانت المكيلات المشتراة ليست من جنس واحد وكانت من أجناس مختلفة كأن يكون المباع صفقة واحدة مئة كيلة حنطة ومئة كيلة شعير فظهر عيب في الحنطة أو في الشعير فيجري في ذلك حكم المادة ٣٥١.

قد قيل إذا كان موجوداً كل المبيع وقائماً فعليه إذا كانت المكيلات والموزونات المباعة ليست موجودة جميعها كأن يكون المشتري وهب وسلم بعضاً منها أو باعه فيرد حينئذ الموجود فقط وليس له المطالبة بنقصان قيمة المقدار الذي وهبه أو باعه. أما إذا اطلع شخص بعد أن خبز الدقيق الذي اشتراه على وجود مرارة فيه فله رد الباقي من الدقيق والرجوع على البائع بنقصان الثمن في الدقيق المستهلك فيفهم من التفصيلات المذكورة أنه يوجد فرق بين بيع المبيع وبين أكله وتناوله.

﴿المادة ٣٥٣﴾ إذا وجد المشتري في الحنطة أو الشعير وأمثالها من الحبوب المشتراة تراباً فإن كان ذلك التراب يعد قليلاً في العرف صح البيع وإن كان كثيراً بحيث يعد عيباً عند الناس يكون المشتري مخيراً.

إذا وجد المشتري في الحنطة والشعير والسمسم وأمثالها من الحبوب المشتراة تراباً ففي ذلك ثلاث صور:

أولاً: أن يكون التراب الذي وجد في الحبوب جزئياً بحيث يعد عادة قليلاً فيكون البيع صحيحاً ولازماً وليس للمشتري في هذه الصورة رد المبيع بخيار العيب كما أنه ليس له الرجوع على البائع بنقصان الثمن وكما أنه ليس له أن يطلب تفريق التراب ورده إلى البائع وقبول الحبوب لأن ليس من المعروف والمعتاد رد المبيع بسبب المقدار القليل بل ان المعتاد قبول ذلك (أنظر المادة ٣٦).

ثانياً: أن يكون التراب الذي في الحبوب زائداً زيادة غير فاحشة ولكن كانت بدرجة يعتبرها الناس عيباً. فالمشتري يكون مخيراً إن شاء رد كل المبيع وإن شاء قبله بثمنه المسمى. (أنظر المادة ٣٦ والمادة ٣٣٧).

ثالثاً: أن يكون التراب الذي في الحبوب زائداً زيادة فاحشة جداً فالمشتري في هذه الصورة

مخير إن شاء رد المبيع وإن شاء أخذ الحبوبات فقط بحصتها من الثمن المسمى «رد المحتار» فعلى هذا الحال إذا وجد المشتري أن التراب والحصى الذي في الحبوب كثيراً بدرجة تعتبر عيباً وكان بعد أن فرقه عن الحبوب عاد فخلطه به ثم أراد رد المبيع ينظر حينئذ إذا لم يطرأ على مقداره نقصان بعد خلط التراب به فللمشتري الحبوب أما إذا نقص مقدار الحبوب بالتنقية فليس له رده بل له الرجوع على البائع بنقصان العيب يعني بنقصان الحنطة ما لم يقبله البائع ناقصاً. أنظر المادة ٣٤٨ «رد المحتار» «هندية». إذا شرط في البيع أن لا يكون تراب في الحبوب ولو بدرجة تعد عادة قليلة فهل هذه المقاولة معتبرة أم لا؟ إننا بينا في شرح المادة ١٣ أن التصريح راجع على العرف والعادة «شارح».

مستثنى: إذا اشترى شخص مقداراً معلوماً من القطن بثمن معلوم فظهر أن القطن المذكور مخلوط بمواد غريبة عنه فإذا كان بين التجار معروف ذلك المقدار من الثمن فللمشتري تنزيله يعني يوزن ذلك القطن مع المواد الغريبة التي فيه ثم يوزنه بعد تصفيته من تلك المواد وينزل من الثمن ما بينهما من التفاوت أنظر المادة ٤٤ (بزازية).

﴿المادة ٣٥٤﴾ البيض والجوز وما شاكلهما إذا ظهر بعضها فاسداً فلا يستكثر في العادة والعرف كالاثنين والثلاثة في المائة يكون معفواً وإن كان الفاسد كثيراً كالعشرة في المائة كان للمشتري رد جميعه للبائع واسترداد ثمنه منه كاملاً.

إذا كان الفاسد في ذلك قليلاً لا يستكثر عرفاً وعادة فهو معفو وليس فيه خيار عيب والبيع صحيح استحساناً في كل المبيع لأن المبيع لا يكون خالياً من فاسد بهذه الدرجة ولا يمكن التحرز من ذلك كالحنطة القليلة التراب. (أنظر المادة الآنفة) وأما إن كان الفاسد كثيراً كأن يكون في المئة عشرة مما يستكثر عرفاً وعادة فلا يكون معفواً ويكون البيع فاسداً للجميع بين المال وبين ما لا يعد مالاً في عقد البيع فللمشتري عند الإمام رد جميع المبيع أو استرداد ثمنه منه كاملاً. (أنظر مادة ٢٦) (ملتقى، ومجمع الأنهر، وزيلعي، والبحر، والبزازية) يعني إذا كان الفاسد مما يستكثر فرد المشتري للمبيع لا يكون بسبب خيار العيب بل بسبب فساد العقد أما عند الإمامين فالبيع صحيح في السالم من المبيع وحصته من الثمن والمجلة قد رجحت قول الإمام الأعظم. إن هذه المادة قد بينت أن الفساد في المبيع بدرجة في المئة ثلاثة غير مستكثر عرفاً وأن الفساد في المئة عشرة مستكثر عرفاً إلاّ أنها لم يبين فيها حكم ما بين ذلك. ان بعض الفقهاء قد بينوا أن في المئة ثلاثة وما دونه يعتبر قليلاً وما يزيد عنه يعني في المئة أربعة أو خمسة يعد كثيراً وبعض العلماء قد اعتبر أن الفساد في المبيع بالمئة خمسة وستة يعد قليلاً ومعفواً فإذا اشترى المشتري بيضاً أو خياراً أو ما ماثلهما كالبطيخ فاطلع على عيبها قبل الكسر والقطع فله ردهما بسبب خيار العيب أما إذا كسرهما أو قطعهما بعد اطلاعه على عيبها فليس له أن يردهما . (أنظر المادة ٣٤٤) (هندية).

﴿المادة ٣٥٥﴾ إذا ظهر جميع المبيع غير منتفع به أصلاً كان البيع باطلاً وللمشتري استرداد جميع الثمن من البائع مثلاً لو اشترى جوزاً أو بيضاً فظهر

جميعه فاسداً لا ينتفع به كان للمشتري استرداد ثمنه كاملاً من البائع.

لأن المبيع في تلك الحال لا يكون مالاً فالبيع باطل بحكم المادة ٣٦٣.

كذلك إذا كسر الجوز أو البطيخ وكان لا ينتفع به حتى لعلف الحيوان أو ظهر مراً فللمشتري استرداد الثمن لبطلان البيع ولا يقال أن الجوز ولو كان فارغاً ينتفع بقشره لأن مالية الجوز باعتبار لبه وقلبه فعلى هذا التقدير لو كان المبيع غير موجود في يد المشتري فلا يترتب شيء بحقه لأن هذا المبيع لا يعتبر مالاً أصلاً. أما إذا كان الجوز بعد كسره فاسداً في حالة يمكن أن ينتفع به الفقراء أو يصلح لأن يكون علفاً للحيوانات والمشتري بعد أن اطلع على عيبه لم يأكل منه فللمشتري الرجوع بنقصان الثمن. (أنظر المادة ٣٤٥) ما لم يقبل البائع بأخذه على تلك الصورة أنظر المادة ٣٤٨. أما إذا أكل المشتري من ذلك الجوز بعد أن اطلع على العيب الذي فيه يسقط خياره. (أنظر المادة ٣٤٤). إن عبارة بعد كسره أو قطعه المذكورة في الشرح ليست قيداً احترازياً. فعليه لو اطلع المشتري على عيبه قبل قطعه أو كسره فله رده وأما إذا قطعه أو كسره بعد الاطلاع على العيب فليس له الرد كما أنه ليس له الرجوع بنقصان الثمن كما بين في شرح المادة الآنفة (رد المحتار). أن حكم هذه المادة يجري في حالة ظهور المبيع غير منتفع به أصلاً. أما إذا ظهر بعض المبيع غير منتفع به فحكم ذلك قد بين بالمادة الآنفة.

الفصل السابع

في بيان خيار الغبن والتغرير

خلاصة الفصل

١ - ينقسم خيار الغبن والتغرير إلى قسمين القسم الأول التغرير القولي القسم الثاني التغرير الفعلي.

٢ - لا يثبت الخيار بالغبن الفاحش بلا تغرير إلاّ أن بيع مال الوقف ومال اليتيم ومال بيت المال بغبن فاحش يعد باطلاً وعند الإمام بيع الوكيل بالبيع بغبن فاحش صحيح.

٣ - شراء الولي والوصي مالاً للصغير بغبن فاحش غير نافذ بحق الصغير ألاّ أنه نافذ بحقهما.

٤ - إذا غرر أحد المتبايعين أو الدلال الطرف الآخر وكان في البيع غبن فاحش فيثبت للمغبون خيار الغبن والتغرير. أما التغرير القولي فلا يوجب الفسخ.

٥ - أولاً إذا غرر الأجنبي أحد المتبايعين. ثانياً: إذا غرر المشتري بائعه ثم ان الشفيع أخذ المبيع من المشتري فلا يكون في البيع خيار تغرير. ثالثاً: إذا قال البائع للمشتري انني ضامن لك إذا خسرت في هذا المال فلا يتوجب عليه الضمان.

٦ - لا يورث خيار الغبن لأنه من الحقوق المجردة.

٧ - يسقط دعوى التغرير والغبن الفاحش بوفاة المغر.

٨ - ليس للمشتري الذي تغرر أن يدعي فسخ عقد البيع في ست مسائل.

٩ - لا يجري في بيع المساومة خيار الخيانة.

١٠- يعتبر في بيع المرابحة والتولية والوضيعة الثمن الذي وقع على عقد البيع وليس على الثمن المستبدل.

١١- إذا اشترى المشتري مالاً سالماً وتعيب في يده فيجوز له بيعه بطريق المرابحة والتولية وإن لم يقل إنه كان آخذه سالماً وتعيب أخيراً.

١٢ - يشترط في المرابحة والتولية أن يكون الثمن الأول من المثليات.

١٣ - يشترط في المرابحة أن يكون الربح معلوماً.

١٤ - لا يشترط بالمرابحة أن يكون الربح من جنس الثمن المسمى.

١٥ - بيع المال المشترى بمثليات بربح نسبي صحيح وأما بيع المال المشترى بقيميات على ذلك الوجه غير صحيح.

١٦- إذا اشترى المشتري مبيعات متعددة مثلية صفقة واحدة فبيع جزء معين منها مرابحة صحيح وأما إذا كان ذلك المال مالاً قيمياً فالبيع غير صحيح.

١٧ ـ يجوز ضم المصاريف التي يوجب الزيادة في نفس المبيع أو في قيمة المبيع على رأس المال.

١٨ ـ إذا كان من المعتاد ضم المصاريف السفرية أو غيرها من المصاريف على رأس المال فتضم عليه.

١٩ ـ إذا ظهر في المرابحة خيانة البائع فالمشتري إن شاء قبل المبيع بجميع الثمن المسمى وإن شاء تركه.

٢٠ ـ الخيانة تكون أولاً في مقدار رأس المال ثانياً في الأجل.

٢١ - إذا ظهر في التولية خيانة البائع فللمشتري حط وتنزيل مقدار الخيانة من الثمن المسمى.

٢٢ - إذا ظهرت الخيانة في الوضيعة فإن بقيت الوضيعة مع وجود الخيانة فللمشتري ترك المبيع إن شاء أو قبوله بكل الثمن المسمى وإن خرج عن الوضيعة فللمشتري أن ينزل مقدار الخيانة من الثمن.

٢٣ - ان خيار الخيانة يسقط بحدوث الأسباب المانعة للرد كوفاة المشتري أو تلف المبيع .

خيار الغبن والتغرير على قسمين القسم الأول التغرير القولي ويبحث عنه في هذا الفصل. والقسم الثاني التغرير الفعلي وقد ذكر في هذا الكتاب في شرح عنوان الباب السادس.

﴿المادة ٣٥٦﴾ إذا وجد غبن فاحش في البيع ولم يوجد تغرير فليس للمغبون أن يفسخ البيع إلّا أنه إذا وجد الغبن وحده في مال اليتيم لا يصح البيع ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم مال اليتيم.

المراد من كلمة بلا تغرير يعني أن يكون أحد المتبايعين لم يغرر بالآخر فعليه إذا وقع الغبن على هذه الصورة أي بأن يغبن أحد المتبايعين من نفسه فليس له خيار الغبن ولذلك لا يحق له فسخ البيع حتى لو باع شخص ماله الذي بقيمة قرش واحد بالف قرش فالبيع صحيح أي لا يوجد في البيع في حد ذاته خلل ولا يقال بأن البيع غير صحيح بسبب بيعه بثمن فاحش جداً الّا أن البيع المذكور عند الإمام الثالث مكروه أما عند الإمام الثاني فهو غير مكروه (أنقروي) مثلاً لو باع شخص داره لآخر بلا تغرير له بخمسين ألف قرش أي بدون أن يقول للمشتري أن داري تساوي خمسين ألف قرش فليس للمشتري أن يفسخ البيع بداع أنه تغرر كما أنه لو باع ذلك الشخص تلك الدار لآخر وتغرر بمقدار أي خسر بها فليس له أن يطالب البائع بضمان ذلك المبلغ الذي خسره وكذا لو اشتري شخص من آخر داره بلا تغرير باربعين الف قرش أي بدون أن يقول للبائع أن دارك لا تساوي أكثر من أربعين ألف قرش فليس للبائع أن يفسخ البيع بداع أنه باع الدار بأقل من قيمتها أما بيع الوصي أو الولي مال اليتيم بغبن فاحش ولو كان بلا تغرير أو شرائهما مالاً بغبن فاحش لليتيم غير صحيح (أنقروي). (أنظر المادة ٥٨). مثال البيع: إذا باع الولي أو الوصي عقار أو

عروض الصغير أو التركة بغبن فاحش فالبيع باطل حتى أنه لا يصح هذا البيع ولو اجازه الصغير بعد البلوغ فلو أن الوصي الثاني أقام البينة على أن الوصي الأول باع مال اليتيم بغبن فاحش وأبطل البيع وأقام المشتري البينة على أن قيمة المبيع وقت البيع هو مقدار الثمن الذي دفعه فترجح بينة الغبن (أنقروي). قد قال بعض الفقهاء بفساد البيع الذي هو من هذا القبيل وقال البعض منهم ببطلانه ومن ظاهر المجلة يفهم إنها إختارت قول العلماء الذين قالوا بالبطلان. مثال الشراء: إذا اشترى الولي أو الوصي مالاً للصغير بزيادة فاحشة عن قيمته فالبيع غير صحيح بحق الصغير إلّا أنه يكون صحيحاً ونافذاً في حق الولي أو الوصي ويصبح المال المشترى ملكاً لهما (فصولين) لأنه كما سيبين في شرح كتاب الوكالة أنه إذا اشترى شخص مالاً للغير ولم ينفذ ذلك في الشراء في حق الغير فينفذ البيع بحقه ويصبح الشراء لازماً.

إن مال الوقف ومال بيت المال هو في حكم مال اليتيم فلذلك فلا يصح بيع مال الوقف ومال بيت المال بغبن فاحش ولو كان بلا تغرير أي أن البيع فيهما باطل. والحاصل في هذه الأمور الثلاثة تسمع دعوى الغبن الفاحش بلا تغرير وان يكن عند الإمامين ليس للوكيل بالبيع بيع المال بغبن فاحش فيكون حسب رأي الإمامين أن دعوى الغبن الفاحش بلا تغرير تسمع في هذه المسألة الرابعة أما عند الإمام فالبيع المذكور صحيح والمجلة قد قبلت في المادة ١٤٩٤ قول الإمام (كفوي).

﴿المادة ٣٥٧﴾ إذا غر أحد المتبايعين الآخر وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ

كما أن خيار الغبن والتغرير يثبت للبائع فقط يثبت كذلك للمشتري ويثبت أيضاً للاثنين معاً. ان اجتماع الغبن الفاحش والتغرير يوجب الخيار وفسخ البيع فعليه فالغبن الفاحش منفرداً لا يستلزم الخيار وفسخ البيع كما أن وجود التغرير لوحده لا يستلزم الخيار. ويسمى الخيار الذي يكون على هذا الوجه بخيار الغبن والتغرير. مثلاًلو قال البائع للمشتري ان قيمة هذا المال كذا قرشاً أو أنه يساوي كذا قرشاً وقد أراد فلان شراءه مني بكذا فاشترى المشتري ذلك المال بناء على هذه الأقوال ثم ظهر أن قيمته تنقص نقصاناً فاحشاً وظهر أن ذلك الشخص لم يساوم البائع بذلك الثمن فللمشتري فسخ البيع (فتاوى ابن نجيم) كذلك لو غرر المشتري البائع على هذا الوجه فللبائع أيضاً فسخ البيع.

الغبن الفاحش هو الغبن المبين في المادة ١٦٥ بناء عليه لو باع شخص داره التي بقيمة الفي قرش لشخص آخر بالفين وثلاثمائة قرش مبيناً له انها تساوي ذلك الثمن فليس لذلك الشخص فسخ البيع بسبب التغرير لأنه وان يكن قد غرر ذلك الشخص إلّا أن الغبن الفاحش في العقار هو مقدار الخمس والثلاثمائة قرش الذي تغرر بها المشتري هي أقل من خمس الالفي قرش فلذلك ليس في هذا البيع خيار غبن وتغرير (عبد الرحيم) أما التغرير القولي وحده فلا يوجب فسخ البيع فلذلك لو قال شخص لآخر ان مالي هذا يساوي الف قرش وقد طلب فلان شراءه مني بهذا المبلغ

فاشتراه المشتري ثم تبين أن قيمة ذلك المال الف قرش بالحقيقة إلاّ أنه ظهر ان الشخص المذكور لم يطلب شراء المال المذكور بالف قرش فليس للمشتري فسخ البيع بداع وقوع الكذب أثناء عقد البيع. ثم أنه لا يجوز في المسائل الآتية فسخ البيع بسبب التغرير والغبن الفاحش وهي:

أولاً: إذا غرر اجنبي أحد المتبايعين فليس للمغبون خيار.

ثانيا: إذا غرر المشتري البائع أثناء شراء عقار منه فاشتراه بغبن فاحش ثم ظهر شفيع وضبط ذلك العقار فالأوفق أن لا يكون للبائع خيار تغرير لأن الشفيع لم يغرر البائع بل الذي غرره هو المشتري (رد المحتار).

ثالثاً: إذا كان ليس في البيع تغرير فقال المشتري للبائع أنني سأخسر من هذا البيع فأجابه البائع بقوله بعه وخسارتك عليَّ فباعه المشتري وخسر فيه فلا يلزم البائع شيء من تلك الخسارة. المثال على ثبوت خيار الغبن والتغرير للبائع وللمشتري معاً هو إذا باع البائع عرصة مع ما عليها من البناء صفقة واحدة إلا أنه بين في عقد البيع لكل من العرصة والبناء ثمناً على حدة فإذا غرر البائع المشتري في العرصة وغرر المشتري البائع في البناء وكان يوجد غبن فاحش فلكل منهما أن يفسخ البيع في الجهة التي هو مغبون بها.

﴿المادة ٣٥٨﴾ إذا مات من غُرِّر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه.

لأن خيار الغبن والتغرير لا يورث سواء كان المغبون البائع وسواء كان المشتري لأن خيار الغبن والتغرير هو من الحقوق المجردة التي تثبت للبائع وللمشتري ولذلك لا تورث ولا تنتقل. مثال ذلك: إذا باع شخص في صحته داره المعلومة بثمن معلوم وبعد تسليمها للمشتري توفي البائع فلا تسمع دعوى ورثته من أن البيع المذكور وقع بالتغرير والغبن الفاحش(كفوي).

أما إذا اقام المغبون دعوى التغرير والغبن وقبل صدور الحكم برد واعادة المبيع توفي المدعي فالظاهر أن لا ينتقل هذا الحق إلى ورثته (شارح). وأما إذا توفي المغر فلا تسقط دعوى التغرير والغبن الفاحش. بناء عليه إذا باع شخص لآخر عرصته المملوكة وسلمها للمشتري ثم توفي بعد ذلك فللمشتري أن يدعي على ورثة المذكور بوقوع البيع بغبن وتغرير وعند إثبات دعواه يفسخ البيع كذلك: إذا باع شخص متاعه لآخر وبعد تسليمه توفي فادعى المشتري أن الشراء المذكور وقع بغبن وتغرير واقام الدعوى بذلك على ورثته واثبت مدعاه فيفسخ البيع(على افندي)

﴿المادة ٣٥٩﴾ المشتري الذي حصل له تغرير إذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه.

ليس للمشتري الذي غرر، الادعاء بفسخ عقد البيع في ستة مسائل:

أولاً: إذا تصرف في المبيع بتصرف معدود من لوازم التملك ومن تصرفات الملاك بعد

اطلاعه على وجود غبن فاحش في البيع لأن هذا التصرف هو رضاء بالغبن فلذلك يسقط خياره ولا يبقى له حق فسخه. (أنظر المادة ٦٨). مثلاً: إذا أخرج المشتري المغبون بعد اطلاعه على الغبن الفاحش المبيع للبيع أو كان المبيع داراً فاحدث فيها بعض أبنية أو أجرها فلا يبقى له حق الفسخ(فيضية وانقروي) بعد أن اطلع: فعليه إذا تصرف المشتري الذي تغرر في البيع قبل اطلاعه على الغبن الفاحش أو اتلفه أو استهلكه فلا يكون ذلك مانعاً للفسخ كما سيوضح في المادة الآتية (تنقيح).

تصرف الملاك: أما إذا تصرف المشتري تصرف الأمين فلا يسقط تصرفه هذا حق الفسخ(انقروي) مثلاً إذا حفظ المشتري المغرور بعد اطلاعه على الغبن الفاحش الساعة المباعة وداوم على حفظه لها فلا يسقط ذلك خياره.

ثانياً: الإبراء يسقط حق الفسخ. مثلاً: إذا غرر أحد المتبايعين الآخر فابرأ المغرور المغر من دعوى التغرير والغبن الفاحش فليس له بعد ذلك دعوى الغبن والتغرير أنظر المواد ٥١و ١٥٦٤ (هامش البهجة)

ثالثاً: أن يتلف المبيع ويستهلك.

رابعاً: أن يباع المبيع لآخر.

خامساً: أن يوقف المبيع وقفاً صحيحاً.

سادساً: أن يحصل في المبيع زيادة متصلة غير متولدة وسيذكر ذلك في المادة الآتية.

﴿المادة ٣٦٠﴾ إذا هلك أو استهلك المبيع الذي صار في بيعه غبن فاحش وغرر أو حدث فيه عيب أو بنى مشتري العرصة عليها بناء لا يكون للمغبون حق أن يفسخ البيع.

أي إذا تلف أو استهلك كل المبيع يعني إذا استهلك المشتري المبيع قبل اطلاعه على عيبه أو باعه وسلمه لآخر بلا شرط الخيار أو أوقفه وقفاً صحيحاً أو حدث في المبيع عيب وهو في يد المشتري أو كان المبيع عرصة فبنى أبنية عليها فليس للمغبون فسخ البيع بسبب التغرير أو أخذ نقصان الثمن ويكون البيع لازماً ويجب على المشتري أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى سواء كان المبيع مثلياً أو قيمياً أنظر المادة ٤٦. أما إذا تصرف المشتري المغبون ببعض المبيع المثلي أو اتلفه ثم اطلع بعد ذلك على الغبن والتغرير فلا يسقط خياره فيرد ما بقي من المبيع عيناً ويرد ما تلف مثلاً للبائع ويسترد كل الثمن الذي أداه وأما إذا كان المبيع قيمياً وتصرف المشتري في بعضه أو استهلكه واطلع بعد ذلك على وجود الغبن والتغرير فله رد الباقي ما لم يكن المبيع ثوباً واحداً مما يوجب تبعيضه الضرر.



لاحقة

تحتوي على ستة مباحث

المبحث الأول

في بيان المساومة والمرابحة والتولية والوضيعة

إن المبيع الكثير الوقوع والمعتاد هو بيع المساومة فلا يجري في هذا البيع خيار الخيانة كما أنه لا يجري فيه الأحكام السائرة التي ستذكر في هذه اللاحقة.

١- المرابحة تكون في المال الذي يتملك بسبب الشراء والهبة والإرث والغصب والضمان. فعليه يجوز لشخص مالك لعروض بأحد الوجوه المبينة أعلاه أن يقدر ثمناً لها ويتخذه في منزلة رأس المال ويبيع تلك العروض مرابحة والحكم في التولية هو حسب المنوال المذكور فلذلك لا يجوز لشخص يملك عروضاً بسبب الشراء أو الهبة أو الوصية والإرث أو الغصب أو الضمان أن يقدر ثمناً لها ويبيعها بطريق التولية. إلا أنه إذا أراد شخص أن يبيع مالاً بطريق التولية فقال في إيجابه قد بعت مالي هذا بطريق التولية وكان المشتري لا يعلم الثمن الذي اشتراه بائعه به فالبيع فاسد ما لم يطلع المشتري على الثمن الذي أخذ به بائعه ذلك المال وبهذا الحال يكون البيع جائزاً ولكن المشتري مخير أنظر المادتين ٢٤و ٣٢٧.

٢ - يعتبر في المرابحة والتولية والوضيعة الثمن الذي عقد عليه البيع ولا يعتبر الثاني الذي كان بدلاً عن الثمن الأول مثلاً لو أدى شخص مقابل الخمسين ريالاً عشرة دنانير أو حصاناً فله أن يعتبر رأس المال الخمسين ريالاً وأن يبيع المبيع مرابحة أو تولية أو وضيعة وليس له أن يعتبر العشرة دنانير أن الحصان رأس مال لأن المعاملة الثانية لم تكن إلاّ عبارة عن معاملة استبدال وما هي إلاّ عقد آخر. كذلك إذا اشترى شخص مالاً بخمسين ريالاً ورهن مالاً عند البائع مقابل ذلك الثمن فتلف ذلك الرهن وسقط الثمن المذكور عن المشتري فلا تجري المرابحة على قيمة الرهن المذكور بل تجري على الخمسين ريالاً.

٣ - إذا باع شخص بالقسطنطينية مالاً مرابحة على كون رأس ماله عشر ذهبات فاراد المشتري تأدية الثمن فادعى البائع أن مقصده من العشر ذهبات، ذهبات إنكليزية وادعى المشتري أن المقصد كان ذهبات عثمانية واختلفا في ذلك فالبائع إنما يأخذ رأس المال عشر ذهبات عثمانية فقط لأن المتعارف في القسطنطينية الذهب العثماني. أما إذا أقام البائع البينة على أن رأس المال هو عشر ذهبات إنكليزية فيقبل منه وفي هذه الصورة يكون المشتري مخيراً.

٤ - إذا وهب شخص لآخر المال الذي اشتراه بمئة قرش ثم رجع عن هبته فيباع المال المذكور

على مئة قرش كذلك إذا باع ذلك الشخص المال المذكور لآخر ثم رد له المبيع بخيار العيب أو بخيار الشرط أو بالاقالة ثم اراد بيعه مرابحة فيباع مرابحة على مئة قرش.

٥ ـ إذا اشترى شخص من آخر عرصة بأربعين ديناراً ثم باعها لشخص آخر بستين ديناراً وسلمها له ثم اشتراها من المشتري ثانية بخمسين ديناراً فعند الإمامين يباع ذلك المال مرابحة بخمسين ديناراً وهو الثمن الأخير. كذلك إذا اشترى ذلك الشخص ثانياً تلك العرصة من المشتري المذكور بعشرة دنانير فله بيعه مرابحة باتخاذ العشرة دنانير رأس مال.

٦ ـ المضاربة بالنصف إذا اشترى بمال المضاربة حيواناً كأن يشتريه بمائة ريال ثم باعه من رب المال بمائة وخمسين ريالاً فلرب المال أن يبيعه مرابحة باتخاذ مئة وخمسة وعشرين ريالاً رأس مال.

٧ ـ إذا اشترى شخص نصف شائع من دار بمئة قرش ثم اشترى النصف الشائع الآخر من تلك الدار بمئتي قرش فله بيع كل نصف بالثمن الذي اشتراه به مرابحة يعني أن يبيع النصف الذي اشتراه بمئة قرش وأن يبيع النصف الذي اشتراه بمئتي قرش مرابحة أو أن يبيع كل الدار بثلاثمائة قرش مرابحة.

٨ ـ إذا اشترى شخص مالاً فحصل عيب حادث فيه وهو في يده أما بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو أن يحصل في المبيع صدأ لعدم استعماله مدة طويلة أو أن يتغير أو أن يمزقه الفيران ويحصل بسبب ذلك في المبيع نقصان فاحش فللمشتري أن يبيع ذلك المال مرابحة أو تولية بدون حاجة إلى أن يبين أن هذه العيوب لم تكن حين اشترائه وإنها حصلت بعد ذلك إنما يجب عليه بيان نفس العيب (أنظر المادة ٢٢٦) كذلك إذا اشترى شخص مالاً فاطلع على عيبه فرضي به أو اشترى مالاً من شخص مرابحة ثم اطلع على خيانته ورضي بالبيع أو أن يكون اشترى ذلك المال وقت الغلاء فحصل بعد ذلك رخص فيه فلذلك الشخص بيع ذلك المال مرابحة أو تولية بدون بيان تلك الأمور للمشتري.

٩ - إذا اشترى شخص مالاً من آخر بخمسين ريالاً فحط البائع عنه جميع الثمن ووهبه للمشتري فلذلك الشخص بيع ذلك المال مرابحة باعتبار الخمسين ريالاً رأس مال بذلك المبيع أنظر الفقرة الثانية من المادة ٣٦١. أما إذا حط البائع بعض ثمن المبيع كأن يحط منه عشرين ريالاً فللمشتري أن يبيعه مرابحة على الثمن الباقي (أنظر المادة ٢٥٧).

١٠ـ إذا اشترى شخص مالاً بمئة قرش ثم زيد على الثمن عشرة قروش أخرى فلذلك الشخص بيع ذلك المال مرابحة على مئة قرش وعشرة قروش.

المبحث الثاني

في حق ما يشترط ومالا يشترط في المرابحة والتولية

١١ - يشترط في المرابحة والتولية أن يكون الثمن الأول من المثليات. بناء عليه إذا كان الثمن الأول قيمياً فلا تصح المرابحة والتولية ما لم يكن ذلك الثمن القيمي دخل في ملك المشتري ففي تلك الحالة تصح المرابحة على ربح معلوم. فعليه إذا اشترى شخص حصاناً مقابل بغلة فليس له بيعه مرابحة أو تولية لشخص ثالث ما لم تدخل تلك البغلة بوجه من الوجوه في ملك ذلك الشخص الثالث ففي تلك الحال يحق لذلك الشخص بيع حصانه تولية مقابل تلك البغلة ومرابحة مقابل تلك البغلة مع كذا قرشاً أو كذا كيلة حنطة لذلك الشخص الثالث.

١٢ - يشترط في المرابحة أن يكون الربح معلوماً فإذا كان الربح مجهولاً لا تصح المرابحة. بناء عليه إذا باع في المسألة الآنفة الذكر ذلك الشخص حصانه تلك البغلة مع ربح في المئة عشرة فلا يصح ذلك لأن قيمة المال القيمي الحقيقية هي غير معلومة فأصبح الربح أيضاً مجهولاً.

١٣ - لا يشترط في المرابحة أن يكون الربح من جنس الثمن المسمى فعليه يباع المال الذي اشتري بمئة دينار بمئة وعشرة دنانير أو بمئة دينار وسجادة.

المبحث الثالث

في حق البيع بربح نسبي وفي حق بيع بعض المال المشترى صفقة واحدة بيع مرابحة

١٤ ـ المال المشترى بثمن مثلي يجوز بيعه مرابحة بربح مثلي كأن يجعل الربح في المئة إثنين مثلاً. فإذا كان الثمن معلوماً عند المشترى حين البيع أو كان معلوماً بعد البيع في مجلس البيع، فالبيع صحيح. كأن يقول المشتري قد إشتريت هذه الدار بألف ريال فبعتها بألف ريال وربح في المئة إثنين وقبل المشترى ذلك فيصح البيع، ويلزم المشتري باداء ألف وعشرين ريالا للبائع.

١٥ - المال المشترى بمال قيمي لا يجوز بيعه بربح نسبي لأنه على هذا التقدير يكون الربح مجهولاً.

١٦ ـ المبيع المتعدد الذي يباع صفقة واحدة ويسمى له ثمن واحد: إذا كان المبيع مثلياً فيجوز بيع جزئه مرابحة مثلاً لو اشترى شخص خمسين كيلة حنطة بخمسين ريالاً فله إفراز خمسة وعشرين كيلة منها وبيعها بالمرابحة بخمس وعشرين ريالاً أما إذا كان ذلك المال قيمياً فلا يجوز فيه

هذه المعاملة إلا أنه يجوز بيع نصف المال القيمي الشائع مرابحة. مثلاً إذا اشترى شخص داراً بخمسين ريالاً فله بيع نصفها مرابحة بثمانية وعشرين ريالاً.

١٧ - إذا اشترى أموالاً قيمية متعددة بصفقة واحدة وعين حصة كل مال من الثمن فعند الشيخين يجوز للمشتري أن يبيع تلك الأموال مرابحة بأن يضم على ثمن كل مبيع ربحاً معلوماً.

المبحث الرابع

في حق المصاريف المشروع ضمها على رأس المال وغير المشروع ضمها

١٨ - تضم على رأس المال أو على مقدار الثمن المصاريف التي توجب الزيادة في نفس المبيع أو توجب الزيادة في قيمته كمصاريف صبغ وتعمير ونقل المبيع إلى مكان آخر فعليه إذا صبغ شخص القماش الذي اشتراه بمئة قرش بعشرة قروش فللمشتري عن رأس مال ذلك القماش مئة وعشرة قروش وبيعه مرابحة أو تولية أو وضيعة. كذلك إذا نقل المشتري المال الذي اشتراه بمئة دينار إلى بلدة أخرى وصرف عليه مصاريف نقل خمسة دنانير مثلاً فللمشتري أن يبيع ذلك المال في تلك البلدة مرابحة أو تولية أو وضيعة لآخر باعتبار أن رأس مال ذلك المبيع مئة وخمسة دنانير كذلك يجوز للبائع أن يضم مصرف المخزن الذي حفظ فيه المبيع أو ما صرفه علفاً للحيوان على رأس المال في بيعه مرابحة ويشترط أن لا تزيد تلك المصاريف عن المقدار المعروف. وكذلك إذا كان المبيع كرماً فصرف البائع مصروفاً لأجل تقليمه أو لأجل غرس أشجار فيه أو لإسقائه أو كان المبيع مزرعة فصرف مصروفاً في سبيل إصلاح قناة السقي فللبائع أن يضم تلك الأجور على رأس المال. كذلك يجوز للذي يملك مالاً بطريق الهبة أن يقدر له ثمناً كأن يقدر له أول ملكه بالهبة ثمناً مئة قرش أو أن يبيعه مرابحة وكذلك الحكم في التولية الوضيعة هو على هذا الوجه.

١٩ - إذا كان معروفاً ومعتاداً ضم مصاريف البائع الذاتية والسفرية كمصاريف أكله أثناء السفر وأجرة الحيوان أو السفينة التي ركبها والخسائر التي تحصل من قطاع الطريق أثناء السفر فإنها تضم. (أنظر المادة ٣٦).

٢٠ - إذا اشترى شخص بقرة أو شاة أو دجاجة فصرف على علفها مقداراً من النقود ثم انتفع من اللبن والسمن والصوف والبيض الذي حصل من ذلك المبيع وأضاف ما صرفه من العلف على رأس المال وأراد بيعه فيجب أن ينزل ما انتفع به من المصرف الذي صرفه على علفه لأن هذا الإنتفاع حصل بجزء نفس المبيع.

أما لو اشترى شخص داراً بمائة ريال فأجرها مدة ولم يطرأ على الدار بسبب ذلك عيب ما وأخذ من اجارها عشرين ريالاً مثلاً فله بيع تلك الدار مرابحة باعتبار رأس المال مئة ريال وليس

عليه أن يبين حين البيع للمشتري الاجار الذي أخذه لأن الأجرة لم تكن من نفس المبيع ولم تكن أيضاً من أجزائها.

٢١ - إذا تبرع شخص وعمل بعض الخصوصات التي لو عملت بأجرة من الجائز ضم أجرتها على رأس المال أو عمل البائع تلك الأعمال فليس له ضم شيء على رأس المال باسم أجرة.

مثلاً: لو أن شخصاً اشترى سروالاً بمائة قرش فصبغه له الصباغ مجاناً أو أنه نقل بالذات القماش الذي اشتراه من محل إلى محل آخر أو نقله شخص آخر بلا أجرة فلا يضم شيء على رأس المال باسم أجرة.

٢٢ - إذا ضم البائع المصاريف المشروع ضمها إلى رأس المال وأراد بيع المال مرابحة أو تولية أو وضيعة يجب على البائع أن يقول في بيعه أن هذا المال قد كلفني كذا قرشاً فإنني أبيعه لك بكذا قرشاً مرابحة أو تولية أو وضيعة ويجب عليه أن لا يقول إنني اشتريت هذا المال بكذا قرشاً فأبيعه لك بكذا قرشاً ربحاً أو بكذا قرشاً خسارة لأنه يكون بهذا قد كذب بكلامه.

كذلك إذا أردا شخص بيع المال المملوك له إرثاً أو هبة أو وصية بتقدير الثمن فعليه أن يقول للمشتري إن قيمة هذا المال كذا قرشاً فأبيعه لك بكذا وليس له أن يقول للمشتري إن هذا المال كلفني كذا أو اشتريته بكذا.

المبحث الخامس

في حق ما يجب وما لا يجب بيانه أثناء البيع بالمرابحة أو بالتولية أو بالوضيعة

٢٣ - إذا اشترى شخص مالاً من آخر بخمسين ريالاً فحصل فيه بالمباشرة عيب حادث أي بغير آفة سماوية أو بفعل المبيع بل حصل بفعل ذلك الشخص أو بفعل شخص آخر فيجب على البائع حين بيعه ذلك المال مرابحة أو تولية أو وضيعة أن يبين حدوث ذلك العيب على هذا الوجه يعني يجب عليه أن يبين أنه اشترى ذلك المال سالماً بخمسين ريالاً وأن العيب حدث مؤخراً إذ ليس له بيعه مرابحة أو تولية أو وضيعة بلا بيان ذلك.

٢٤ - إذا اشترى شخص مالاً من مديونه أو من شخص آخر بغبن فاحش فأراد بيعه مرابحة فعليه أن يبين أنه اشترى ذلك المال بغبن فاحش إذ ليس له بيعه بدون بيان ذلك.

٢٥ - كل موضع يجب فيه على البائع البيان فباع البائع بدون ذلك البيان فالمشتري مخير إن شاء قبل البيع وإن شاء رده.

المبحث السادس

في بيان خيار الخيانة

٢٦ - إذا ظهر في المرابحة خيانة البائع فالمشتري مخير إن شاء ترك المبيع لأن رضاء المشتري قد زال وإن شاء قبله بجميع الثمن المسمى ويقال لهذا الخيار «خيار الخيانة».

الخيانة : تكون أولاً في مقدار رأس المال كأن يضم البائع على رأس المال مصرفاً لا يجوز ضمه عليه أو أن يبين مثلاً مالاً كلفه تسعة ريالات فيبيعه مرابحة بإثني عشر ريالاً ثم يتحقق بعد ذلك إما بالإقرار أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين ان ذلك المال كلفه ثمانية ريالات فقط فللمشتري إن شاء ترك المبيع وإن شاء قبله بكل الثمن المسمى.

ثانياً : تكون الخيانة في الاجل ومثاله أن يشتري شخص مالاً من آخر بخمسين ريالاً ثمناً مؤجلاً فيبيع ذلك مرابحة أو تولية بدون أن يبين للمشتري شراءه المال بثمن مؤجل فيكون المشتري عند اطلاعه مخيراً فله رد المبيع وله قبوله بكل الثمن المسمى معجلاً لأن الاجل له شبه بالمبيع.

أما إذا لم يشترط تأجيل الثمن في عقد البيع بل كان تأجيله معروف وثبت تأجيله بالعرف والعادة توفيقاً للمادة ٢٥١ فعلى قول الجمهور لا يجب بيان ذلك ولا يجري في ذلك خيار الخيانة وعلى قول آخر يجب بيان ذلك أيضاً. كما أنه إذا اشترى المبيع بثمن معجل ثم أجل البائع الثمن بعد ذلك فلا يجب بيان ذلك.

٢٧ : إذا ظهرت خيانة البائع في التولية فللمشتري أن يحط من الثمن مقدار الخيانة لأنه لو بقي الثمن المسمى معتبراً فلا يكون العقد تولية بل يكون مرابحة. أما لو اعتبر الثمن المسمى في المرابحة فلا يوجب ذلك إنقلاب صفة المبيع بل يبقى كما كان عقد مرابحة فلذلك اعتبر في المرابحة الثمن المسمى مع حفظ حق الخيار للمشتري.

٢٨ - إذا ظهرت الخيانة في الوضيعة ينظر فإذا كانت الوضيعة تبقى وضيعة مع الخيانة فالمشتري مخير فإن شاء ترك المبيع وإن شاء قبله بكل الثمن المسمى وإذا خرجت الوضيعة عن الوضيعة فالمشتري يضبط المبيع مع تنزيل مقدار الخيانة مثلاً: لو باع شخص مالاً لآخر بخمسة عشر قرشاً مبيناً أنه كلفه عشرين قرشاً فظهر أن المال المذكور كلفه ثمانية قروش فالمشتري مخير فله أخذه بخمسة عشر قرشاً وله ترك المبيع.

٢٩ : يسقط خيار الخيانة أولاً بوفاة المشتري لأن الخيانة لا تورث فعليه إذا اطلع الوارث بعد وفاة المشتري على خيانة البائع فليس له رد المبيع. ثانياً: إذا تلف المبيع أو حدث سبب آخر مانع

للرد يسقط خيار الخيانة سواء حصل تلف المبيع من نفسه أو بإتلاف البائع ففي هذا الحال يؤدي المشتري كل الثمن للبائع لأن خيار الخيانة من الحقوق المجردة ولا يقابلها شيء من الثمن. كذلك إذا باع البائع المال الذي اشتراه بثمن مؤجل بيع مرابحة أو تولية بدون أن يبين للمشتري شراءه إياه بالتأجيل فتلف المبيع في يد المشتري قبل الرد فيسقط خيار الخيانة ويتوجب على المشتري أداء الثمن معجلاً. (در المختار، رد المحتار، الهندية، مجمع الأنهر).

= فائدة =

في حق اجتماعات الخيارات

تثبت بعض الخيارات مجتمعة وهو أنه إذا اشترى شخص مالاً لم يره بخيار الشرط وكان فيه غبن وتغرير وظهر ذلك المبيع معيباً فيثبت أولاً خيار الرؤية. ثانياً: خيار الشرط. ثالثاً: خيار العيب. رابعاً: خيار الغبن والتغرير.



الباب السابع

في بيان أنواع البيع واحكامه وينقسم إلى ستة فصول

الفصل الأول

في بيان أنواع البيع

خلاصة الفصل

١ - للبيع أربعة شروط: الانعقاد، والنفاذ، والصحة، واللزوم.
٢ - فشرط الانعقاد خمسة أنواع.
٣ - وشرط النفاذ ثلاثة.
٤ - وشرط الصحة قسمان.
٥ - وشرط اللزوم قسمان أيضاً.
٦ - لنفاذ البيع ثلاثة شروط، وينفذ بيع المالك، وبيع الولي، وبيع الوصي.
٧ - تسعة أنواع من البيع لا تنفذ.
٨ - شراء الفضولي أما أن يكون نافذاً على المشتري أو موقوفاً.
٩ - الحكم الأصلي للبيع المنعقد امتلاك البدلين.
١٠ - البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً.
١١ - إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بإذن البائع يفيد الحكم والإذن أما أن يكون صراحة أو دلالة.
١٢ - يكون القبض في البيع الفاسد احياناً حقيقياً وأخرى حُكمياً.
١٣ - نقصان العروض في المقبوض في البيع الفاسد على خمسة أوجه.
١٤ - يستلزم البيع الفاسد إذا لم يوجد سبب من اثنى عشر سبباً وإلا فلا يمكن فسخه.
١٥ - إذا قبض الثمن في البيع الفاسد وفسخ فللمشتري أن يمسك المبيع حتى يرد له الثمن ولقوله إذا قبض الثمن فائدة.
١٦ - البيع النافذ يفيد الحكم في الحال وليس لأحد العاقدين فسخه.
١٧ - بيع الفضولي يفيد الحكم عند الإجازة إلا أن للإجازة ثمانية شروط.
١٨ - هناك تفصيلات مهمة لشراء الفضولي.

﴿المادة ٣٦١﴾ يشترط في انعقاد البيع صدور ركنه من أهله أي العاقل المميز وإضافته إلى محل قابل لحكمه.

أي يشترط في إفادة البيع حكمه المذكور في المادة(٣٦٩) صدور ركني البيع وهما الإيجاب والقبول:

١ - من أهله أي العاقل المميز.

٢ - من أشخاص متعددين.

٣ - وسماع كل من المتعاقدين كلام الآخر.

٤ - وإضافة حكم البيع وهو الملكية إلى محل قابل لحكمه أي إلى مال متقوم موجود ومقدور التسليم راجع المواد(١٩٧و ١٩٨و ١٩٩) الهندية.

والمحل القابل لحكم البيع قد اثبت في المادتين(٣٦٢و ٣٦٣) كما بين ركن البيع في المادة (١٤٩) وتعريف المميز مفصلاً في المادة ٩٤٣. راجع شرح المادة ١٥٧

والمادتان (٣٦٢، ٣٦٣) فرعان لهذه المادة:

شروط البيع الأربعة: للبيع أربعة شروط: شرط الانعقاد، وشرط النفاذ، وشرط الصحة وشرط اللزوم.

شروط الإنعقاد خمسة أنواع أيضاً:

النوع الأول: ما يرجع منها إلى العاقد وهو كون العاقد عاقلاً ومميزاً ومتعدداً «وان ذهب الإمام الشافعي والإمام مالك إلى عدم صحة بيع الصبي فقد ذهب الإمام الأعظم إلى صحته» **أنظر** المواد (٩٥٧، ٩٦٦، ٩٧٩) وشرح المادة(١٦٨).

النوع الثاني- ما يرجع منها إلى العقد وهو عبارة عن موافقة الإيجاب للقبول. راجع المادة(١٧٧) وما يتلوها من المواد.

النوع الثالث: ما يرجع منها إلى البدلين وهو عبارة عن الأمور الآتية:

١- أن يكون البدلان مالاً متقوماً.

٢- أن يكون المبيع موجوداً.

٣- أن يكون المبيع في نفسه مملوكاً

٤- أن يكون المبيع مقدور التسليم.

لذلك فبيع المعدوم باطل كما أن بيع المحتمل وجوده باطل أيضاً كبيع نتاج النتاج والحمل. راجع المادتين(١٩٧، ٢٠٥).

وكذلك بيع مالٍ يكون مملوكاً في نفسه كبيع العشب النابت بنفسه سواء كان بمزرعة البائع أو

مزرعة غيره أو مزرعة مشاعة بينه وبين غيره. أنظر المادتين (١٢٤١، ١٢٥٦).

كذلك بيع الشيء الذي سيتملكه البائع ولم يكن مالكاً له وقت العقد وأن تملكه بعد ذلك. ما لم يكن قد باعه بيع سلم.

وكذلك البيوع المذكورة في المادتين (٢٠٩، ٢١١) باطلة.

النوع الرابع: أن يكون كل من المتعاقدين حين العقد مستمعاً إلى حديث الآخر. أنظر شرح المادة(١٦٧).

النوع الخامس: يرجع إلى المكان وهو عبارة عن اتحاد المجلس راجع المادة(١٨١) وما يتلوها.

أنواع شرط النفاذ ثلاثة: النوع الأول: الملك أو الولاية. النوع الثاني: الا يكون في المبيع حق لغير البائع أنظر المادتين (٣٦٥، ٣٦٨). النوع الثالث: اجتماع أنواع الانعقاد فلو باع إنسان مالاً لم تجتمع فيه أنواع الانعقاد فلا ينعقد البيع ولا يكون نافذاً.

شرط الصحة: قسمان.

القسم الأول: الشروط العامة أي الشاملة لكل بيع وهي خمسة أنواع:

النوع الأول: عبارة عن شرط الانعقاد لأن البيع غير المنعقد ليس بصحيح ولا يقال ان البيع غير الصحيح أي الفاسد غير منعقد.

النوع الثاني: أن لا يكون البيع موقتاً راجع شرح المادة (١٩٩) فإذا كان موقتاً فلا يكون صحيحاً.

النوع الثالث: أن يكون المبيع والثمن معلومين حتى لا يكون وجه للنزاع أنظر المواد (٢٠٠، ٢١٣، ٢٣٧، ٢٣٨).

النوع الرابع: أن يكون في البيع فائدة أنظر شرح المادة (٢٠٠).

النوع الخامس: أن يكون خالياً من شروط الفساد أنظر شرح المادة (١٨٩)

القسم الثاني: الشروط الخاصة أي المرعية في بعض أنواع البيع كأن يكون الأجل معلوماً في البيع إلى أجل ويكون المشتري قابضاً المبيع عند بيعه إياه من آخر. والبائع لدى بيعه الدين قابضاً إياه من المدين. وذلك ما يحدث أحياناً في الدين في البيع الفاسد المذكور في مادتي(٢٤٨، ٢٥٣) فلو بيع المسلم فيه أو رأس مال السلم قبل القبض وابتيع شيء من إنسان بدين على آخر لم يستوف بعد فليس بصحيحين.

شرط اللزوم: قسمان أيضاً.

القسم الأول: خلو البيع من أحد الخيارات.

القسم الثاني وجود شرطي الانعقاد والصحة في البيع. فلو باع إنسان جيفة بيعاً عارياً من الخيارات فلا يكون لازماً ولو باع مالاً مع جهالة الثمن لا يلزم أيضاً. وللطرفين الفسخ كما سيأتي بيانه في المادة(٣٧٢)« رد المحتار، الهندية».

«المادة ٣٦٢» البيع الذي في ركنه خلل كبيع المجنون باطل.

يعني أن بيع المجنون جنوناً مطبقاً أو غير مطبق في حال جنونه، أو الصبي غير المميز باطل وكذلك الشراء. ولا يكون موقوفاً على إجازة المجنون رجوعه إلى رشده أو بلوغ الصبي أو إجازة الوصي والولي. أنظر المواد (٩٥٧، ٩٦٦، ٩٧٩) «الزيلعي».

وقد جاء في المادة ٩٤٤ تعريف المجنون واقسامه.

ولو باع ذو الجنون المطبق ماله أو الصبي غير المميز من آخر فلوليه أو وصيه استرداد المال. راجع المادة(٩٧).

وكذلك لا يصح بيع من كان مريضاً وفاقداً عقله فقداً تاماً ولو تسلم المشتري المبيع. أما بيع المجنون جنوناً غير مطبق فصحيح. أنظر المادة ٩٨٠.(رد المحتار في أوائل كتاب الحجز، وعلي افندي)

اختلاف: إذا ادعى البائع أنه باع في حال جنونه وادعى المشتري أنه باع في حال صحوه وأقام كل منهما البينة على ما ادعى فترجح بينة الصحو. راجع المادة(٧٠٦) وكذلك إذا باع إنسان ماله من آخر وبعد ذلك ادعى بأنه قد باع ذلك المال وهو سكران فلا تقبل دعواه ولو أثبتها ويكون البيع صحيحاً. وحكم شراء السكران كذلك. «الكفوي، وترجيح البينات للخصالي في البيع».

أما الصبي المميز إذا كان مأذوناً فبيعه أو شراؤه صحيح ونافذ وكذا إذا كان غير مأذون وكان بيعه أو شراؤه لنفسه وليس فيه غبن فاحش على أنه موقوف على إجازة وليه أو إجازته بعد بلوغه وإن وقع البيع بضعف القيمة والشراء بنصفها وكان ذا نفع له. فإذا إجاز الولي البيع أو الشراء أو إجازه هو بعد البلوغ نفذ ولزم وإلا صار منفسخاً ولولي الصبي أو للصبي نفسه بعد البلوغ استرداد المبيع أو الثمن.

فعليه لو باع الصبي المميز المحجور طاحونته المملوكة من آخر بدون إذن وليه بفرس وسلمها للمشتري واستلم هو الفرس ولم يجز ذلك الولي ولا هو بعد البلوغ وانتجت عند المشتري ثم استرد الصبي الطاحون فللمشتري استرداد فرسه مع نواتجه من الصبي. «علي افندي قبل البيع الفاسد»

وإذا إجاز الصبي بيعه أو شراءه بعد البلوغ نفذ ما لم يكن القاضي أو الوصي أو الولي قد فسخه. أما البيع المذكور فلا يكون نافذاً بمجرد البلوغ. «الأنقروي في فصل في البيع الموقوف».

اختلاف: إذا ادعى البائع قائلاً انني بعت مالي هذا في حال صغري وادعى المشتري بيعه إياه

بعد البلوغ وأقام كل منهما البينة على دعواه ترجح بينة المدعي لأنها بينة إثبات للأمر العارض أما إذا لم يكن لأحد الطرفين بينة فالقول لمن يدعي البيع في حال الصغر لأنه على الأصل. (ترجيح البينات، وتوجيه المهمات).

لكن بيع الصبي غير المأذون أو شراءه إذا كان فيه غبن فاحش عليه بطل ولو اجازه الولي أو اجازه هو بعد البلوغ إذ لا يصح هذا البيع أو الشراء لو وقع من الولي كما جاء في المادة ٥٨ فبالأحرى أن يكون كذلك إذا وقع منه.

إلا أن بيع الصبي المميز غير المأذون أو شراءه بالوكالة صحيح ونافذ ولا عهدة عليه من جراء ذلك وإنما العهدة على موكله. (أنظر المادة ١٤٥٨ «رد المحتار في البيع الفاسد»).

أما إذا باع إنسان شيئاً من صبي محجور وسلمه إليه واستهلك الصبي ذلك المال فيكون الصبي ضامناً على رأي الإمام الثاني كما جاء في المادة ٩٦٠. وهذا هو الصحيح «رد المحتار في القرض».

وأما إذا تلف ذلك الشيء بنفسه فلا يكون الصبي ضامناً. (أنظر المادة ٣٧٠).

﴿المادة ٣٦٣﴾ المحل القابل لحكم البيع عبارة عن المبيع الذي يكون موجوداً ومقدور التسليم ومالاً متقوماً. فبيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل.

يعني البيع الذي يقع على محل أي مبيع غير مستكمل للشروط الآتية:

١ - أن يكون موجوداً.
٢ - أن يكون مقدور التسليم.
٣ - أن يكون مالاً متقوماً.
٤ - أن يكون مملوكاً في نفسه.

كالأثمار التي لم تظهر والحمل الذي لم ينتج والمال الذي سيتملكه البائع ولم يكن مالكاً له وقت البيع وغير ذلك من الأشياء المعدومة وكالسمك في البحر والطير في الهواء من الأشياء غير المقدورة التسليم وكالحيوانات غير المتقومة وكالأشياء التي لم تحرز بعد كنبات الحقول التي هي ملك البائع أو التي لم تكن كذلك وكمياه الآبار والبرك التي لا تكون مملوكة في حد ذاتها. **أنظر المواد** (٢٠٥، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١) وكذلك بيع الوقف باطل.

وقد تقدم بيان بيع الوقف مع بيع الملك في شرح المادة ٢١٠ ومع أن العشب النابت بطبعه ليس بمملوك في حد ذاته وبيعه قبل الإحراز غير جائز فلصاحب المزرعة منع كل أحد من دخولها أنظر المادة ٩٦.

الا أن بيع الأعشاب التي تنمو بسعي الإنسان وعمله ولو لم تكن محرزة والمياه التي يضعها الإنسان في وعاء عنده صحيح.(أنظر المادة ١٢٤١).وكذلك بيع العشب والشعير وهو أخضر صحيح سوءاً حصد وقدم إلى الدابة أو اطلقت الدابة فيه ترعاه.«الهندية في الباب التاسع في الفصل الثاني من البيوع».

اختلاف: إذا اختلف الطرفان في صحة البيع وبطلانه فالقول لمدعي البطلان لأنه منكر والقول للمنكر مع اليمين بمقتضى المادة ٧٦. أما البينة فعلى من يدعي الصحة. مثلاً إذا أدعى البائع أنه باع ماله بميتة وأدعى المشتري أنه اشتراه بنقود، فالقول للبائع. كذلك إذا ادعى إنسان بعد أن باع خمسين اوقية قطن من آخر بطلان البيع لأن القطن لم يكن في ملكه عند وقوع البيع فالقول للبائع وان كان ذلك المقدار من القطن موجوداً يوم الخصومة مع اليمين على أنه لم يبع ذلك القطن من المشتري وان القطن قد صار في حوزته وملكه بعد البيع. أما إذا أقام المشتري بينة على أن ذلك كان موجوداً عند البائع حين البيع فتقبل منه البينة ويؤمر البائع بتسليمه المبيع. «الخيرية في البيع الفاسد».

﴿المادة ٣٦٤﴾ إذا وجد شرط انعقاد البيع ولم يكن مشروعاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة كما إذا كان المبيع مجهولاً أو كان في الثمن خلل صار بيعاً فاسداً.

أي إذا وجد شرط الانعقاد المبين في المادة ٣٧١ ولم يكن البيع مشروعاً باعتبار بعض أوصافه الخارجة كما إذا كان المبيع أو الثمن كله أو بعضه مجهولاً أو كان الثمن مالاً غير متقوم أو كان اجل الثمن مجهولاً أو وجد في النقد شرط فاسد صار البيع فاسداً. «رد المحتار في البيع». أي أن البيع الذي لا يسمى فيه ثمن يكون فاسداً أما البيع الذي ينفى فيه الثمن فباطل لأنه في هذه الحال يكون ركن البيع معدوماً أنظر شرح المادة ٢٣٧.

اختلاف: إذا اختلف الطرفان في صحة البيع وفساده أو ادعى فساده لفساد الأجل أو غيره من الأسباب المذكورة في صلب العقد فالقول لمدعي الصحة والبينة على مدعي الفساد. «الهندية قبيل الثاني عشر من البيوع»

﴿المادة ٣٦٥﴾ يشترط لنفاذ البيع أن يكون البائع مالكاً للمبيع أو وكيلاً لمالكه أو وصيه وأن لا يكون في المبيع حق آخر.

لنفاذ البيع ثلاثة شروط:

١ ـ ان يكون البائع مالكاً للمبيع أو وكيلاً لمالكه أو وصيه. لذلك لا يكون بيع الفضولي نافذاً.

٢ – أن لا يكون في المبيع حق لغير البائع. لذلك لا يكون بيع المرهون وبيع المأجور نافذين.

٣ - أن يكون البيع جامعا لشروط الانعقاد. أنظر شرح المادة (٣٦١) «الهندية في الباب الأول من كتاب البيوع».

اختلاف: إذا باع انسان مالاً من آخر ثم ادعى واحد من البائع أو المشتري العقد بالفضول وادعى الثاني ان المبيع ملك للبائع أو أن البيع وقع من وكيل البائع بالبيع فالقول لمدعي الصحة والنفاذ وقول الثاني غير مقبول راجع المادة ١٠٠.

أما إذا اتفق الطرفان البائع والمشتري على أن البيع فضولي فيفسخ عقد البيع إلاّ إذا حضر صاحب المال وصدقهما وإذا ادعى من له المال أن البائع وكيل من طرفه بالبيع فله أن يضمن البائع ثمن المبيع. راجع المادة (٧٨).

ولا يشترط لنفاذ البيع كون الثمن ملكاً للمشتري لذلك فلو اشترى إنسان بستاناً بمال مغتصب أو وديعة عنده ضمن لصاحب المال مثل ماله المغصوب أو وديعته. ولو اشترى إنسان بقرة لرجل آخر بفرسه بدون اذنه تكون البقرة ملكاً لصاحب الفرس إذا أجاز ذلك الشراء وإلاّ فلا. «فتاوى ابن نجيم في البيوع، والهندية في الباب الحادي عشر من البيوع».

وعلى ذلك فلو قال إنسان إنني اشتريت هذا المبيع بمال فلان فلا يكون ذلك المبيع ملكاً له وإنما يكون ملكاً لصاحب المال «الخيرية في أول كتاب البيوع».

بيع المالك، وبيع الوكيل: إذا كان البائع مالكاً للمبيع الذي أضاف العقد إليه كان البيع نافذاً وكذا إذا كان البائع وكيلاً للمالك. وقد بين بيع الوكيل في المسائل الاحدى عشرة من الكتاب الأول.

بيع الولي او الوصي: لأب الصغير العدل المستور الحال أن يبيع من آخر مال ولده الصغير منقولاً كان أو عقاراً بثمن المثل أو بغبن يسير ويعسر للصغير فسخ هذا البيع عند بلوغه لأن للأب شفقة تامة على ولده. «السابع والعشرون من الفصولين».

وإذا استهلك الأب ثمن ذلك المبيع بدون حاجة إليه فللصغير عند البلوغ أن يضمنه إياه. أنظر المادة (٧٨٨).

إلا إذا قال الأب قد تلف المال مني بدون تعد ولا تقصير أو انفقته على ولدي يصدق الأب إذا كان ذلك المال نفقة لمثل المدة التي يدعي صرف المال فيها. (الكفوي في بيع الأب والوصي) أنظر المادة ١٧٧٤.

وإذا بلغ الصغير الرشد بعد أن باع ابوه مالاً له فتصبح حقوق العقد راجعة إلى الصبي المذكور.

اختلاف: إذا باع رجل مال ولده الصغير وبلغ الصبي سن الرشد حين البيع فادعى الصغير عدم صحة بيع ابيه لأنه باعه بدون اذنه وادعى الأب أنه باع ذلك المال وولده صغير فالقول للولد

(راجع المادة ١١) الهندية في الباب السابع عشر في بيع الأب).

وإذا قال إنسان لرجل أن المال الذي في يدك مالي لإن ابي باعه وأنا بالغ وقال ذلك الرجل اني اشتريته من ابيك وانت صغير فالقول للمشتري كما جاء في المحيط. وإذا أقام كل من الاثنين البينة فترجح بينة المشتري. أما إذا باع الأب الفاسق أو المسرف عقار ابنه الصغير أو ماله المنقول من آخر فبيعه غير صحيح وللصغير عند بلوغه استرداد المبيع ما لم يكن قد باع مال ولده بضعف القيمة فيكون صحيحاً ويؤخذ ثمن المبيع من الأب ويسلم لرجل عدل لحفظه للصغير.

إذا باع اب الصغير عقار ولده وقبض الثمن فاحتاج إليه فله أن ينفق على الولد من الثمن (الأنقروي، والكفوي، في بيع الأب والوصي)

للأب أن يبيع مالاً لولد صغير له من ولد صغير له آخر على أن تعود عهدة البيع عليهما عند البلوغ.

للأب المحمود السيرة أي العادل أن يشتري دار ولده الصغير لنفسه بثمن المثل أو بثمن فيه غبن يسير ويكون الشراء صحيحاً راجع شرح المادة (١٦٨) الهندية في الباب السابع عشر.

للأب أن يبيع لضرورة التعيش ما شاء من عروض ولده الكبير وليس له أن يبيع شيئاً من عقاره «نقود الفيضية في بيع الفضولي».

للأب أن يبيع ماله من ولده الصغير ولكن لا يعد الصغير مستلماً للمبيع بمجرد وقوع العقد. لذلك فلو تلف المبيع قبل أن يتمكن الابن من القبض حقيقة فتلفه عائد على الأب. (أنظر المادة ٢٩٣).

وإذا باع الأب الدار التي يسكنها من ولده الصغير فعليه أن يخلي الدار ويسلمها لأمين القاضي وإلاّ فلا يكون التسليم بنوع آخر صحيحاً. (أنظر شرح المادة ٢٩٣).

ومتى اشترى الأب مالاً لولده الصغير ينصب القاضي وكيلاً للصغير من طرفه لقبض الثمن وذلك الوكيل يودع ما قبضه عند الأب وما لم يقبض الوكيل الثمن فلا تبرأ ذمة الأب منه.

ولمعرفة ثمن المثل لشيء ما يؤخذ رأي أهل الخبرة الخالين من الغرض ولا اعتبار لما يزيده أحدهما على الآخر.

بيع الجد: يقوم الجد للصغير عند عدم وجود وصي له مقام الأب في البيع والشراء والمراد بالجد هنا أبو الأب «الهندية في الباب السابع عشر والفصولين في ٢٧ والبزازية في ٢ والخانية في تصرفات الوصي»

بيع الوصي: للوصي بيع عروض الصغير حتى ولو لم تكن حاجة للبيع مثال: فلو باع وصي صغار بستاناً لهم ارضه أميرية وكرمه ملك من آخر ثم بعد أن تسلمه المشتري بلغ الصغار فليس لهم استرداد المبيع. «العمادية في السابع والعشرين، وعلي افندي في بيع الأب والوصي». وعلى ذلك فلو باع الوصي مال اليتيم من آخر فقام شخص وطلب المال بقيمة أكثر ينظر فإذا قال اثنان عدلان

أن المال قد بيع بقيمته فالبيع صحيح ولا ينظر لتلك الزيادة. «الانقروي في السلم».

للوصي أن يبيع مال الصغير المنقول مؤجلاً باجل متعارف بثمن المثل ممن لا ينكر الدين ولا يماطل فيه عند حلول الأجل. وإلاّ فليس له ذلك أي أنه ليس له أن يبيع مال الصغير مؤجلاً لأجل غير متعارف ولا أن يبيعه من إنسان ينكر الدين ويماطل في إدائه عند حلول الأجل. حتى إذا جاءه رجلان أحدهما من النوع الأول ودفع الف قرش وثانيهما من النوع الثاني ودفع ألف ومائة قرش وجب أن يبيعه من الأول. (أنظر المادة ٥٨ «الهندية في الباب الثاني عشر»).

وصي الميت: «أي الوصي الذي يقيمه المتوفي في حال حياته ويختاره ليكون وصياً على اولاده» ليس لوصي الميت أن يشتري مال الصغير لنفسه أو لقريبه الذي لا تجوز شهادته له باجر المثل أو بغبن يسير.«البزازية».وان فعل فللصغير عند البلوغ أن يسترد المال لنفسه من الوصي والحكم في بيع الصبي المأذون ماله لوصيه على الوجه المشروح وكذلك لو كان للصبي وصيان وباع أحدهما مال الصبي من الآخر.

ولوصي الميت أن يشتري مال الصغير لنفسه عند وجود نفع ظاهر في ذلك العقد كما أن له أن يبيع ماله منه عند وجود ذلك،.وقد فسر بعض الفقهاء «النفع الظاهر» بأن يكون للصغير مال يساوي تسعة قروش فيشتريه الوصي بعشرة أو يكون للوصي مال يساوي عشرة قروش فيبيعه الوصي من الصغير بتسعة.«البزازية، الخلاصة». وفسره آخرون بأن يكون للوصي مال يساوي خمسة عشر قرشاً فيبيعه من الصغير بعشرة أو يكون للصغير مال يساوي عشرة قروش فيشتريه الوصي لنفسه بخمسة عشر.

وإذا كان المبيع عقاراً فإذا كان للوصي فعليه أن يبيعه من الصغير بنصف القيمة وإذا كان للصغير فعليه أن يشتريه بنصف القيمة.

مثال: كما لو اشترى الوصي لنفسه مالاً للصغير منقولاً يساوي عشرة قروش بخمسة عشر قرشاً أو باع من الصغير مالاً له يساوي خمسة عشر قرشاً بعشرة يكون البيع والشراء صحيحاً. أما القاضي فليس له بيع مال الصغير ولا شراء مال منه مطلقاً ولكن له أن يشتري مال الصغير لنفسه من وصي الصغير ولو نصب ذلك الوصي من طرفه لأن الوصي نائب عن الميت لا عن القاضي. «البزازية، الهندية في السابع عشر من البيوع».

وصي الحاكم: «أي المنصوب من قبل الحاكم». ليس لوصي الحاكم أن يشتري مال الصغير لنفسه بأكثر مما يدفعه غيره ولو تصف القيمة أو لغيره ممن لا تجوز شهادتهم له من ذوى قرباه لأن وصي الحاكم وكيل والوكيل بمقتضى أحكام المادة ١٤٩٦، ١٤٩٧ من المجلة ليس له ذلك. «در المختار في باب والانقروي قبيل السلم، والخلاصة في الفصل الثامن».

إذا توفي انسان وترك زوجته وأولاده فليس لزوجته على القول المختار أن تبيع شيئاً من منقولاته ولا من عقاراته من التركة لنفقة الصغار من اولادها الضرورية بدون إذن الحاكم.(البزازية في النفقات).

ليس للوصي بيع عقار الصغير بدون مسوغ شرعي. ولو فعل فللصبي عند بلوغه استرداده من المشتري أما إذا وجد المسوغ الشرعي للبيع فللوصي ذلك.

واليك فيما يلي المسوغات الشرعية لبيع عقار الصغير:

(١) إحتياج الصغير إلى ثمن العقار للنفقة (٢) إيفاء دين على المتوفي لا يمكن أداؤه إلاّ ببيع العقار (٣) وصية المتوفي المرسلة بحيث يضطر إلى بيع العقار والوصية المرسلة هي أن الموصي المتوفي بربع ماله أو ثلثه (٤) كون المتوفي أوصى لأحد ببعض عقاره والعقار غير قابل القسمة (٥) وجود طالب للعقار بنصف القيمة (٦) كون نفقات العقار وضريبته تربو على نواتجه (٧) كون العقار دكاناً أو داراً وقد أشرفت على الخراب (٨) وجود ضرورة لبيع العقار بأن كانت حصة الصغير قليلة جداً ولا ينتفع بها فيما لو قسمت (٩) الخوف من استيلاء ظالم على العقار ممن لا يمكن استخلاصه منه. فإذا وجد سبب من هذه الأسباب فللوصي بيع عقار الصغير (الكفوي).

وعلى ذلك فلو كان للمتوفي منقولات كافية لاداء ما عليه من الدين وباع الوصي عقاراً لوفاء الدين فالبيع باطل. أما إذا كانت التركة كلها مستغرقة للدين فله بيعها كلها عقارات ومنقولات «وتقول الفيضية قبيل خيار الشرط» فإن لم تكن التركة كلها مستغرقة للدين فله بيع ما يقوم بأداء الدين فقط.

ولو أقام الوصي اللاحق البينة على بيع الوصي السابق لمال الصغير بغبن فاحش أو بيعه العقار من التركة لإيفاء الدين مع وجود المنقولات فيها قبل وبطل البيع (في بيع الأب الوصي).

للوصي بيع المنقولات من تركة المتوفي في غياب الورثة الكبار ولو لم يكن دين على المتوفي أو وصية منه حفظاً لها من الضياع أما العقارات فليس له بيعها لأنه لا يخشى التلف والضياع والا على غير العقارات وفي البيع حفظ لها من الضياع. (الانقروي في بيع الأب والوصي).

وللوصي إذا كان بعض الورثة غائباً والبعض منهم حاضراً أن يبيع حصة الغائبين منهم حفظاً لها وله عند الإمام الأعظم بيع حصة الحاضرين أيضاً تبعاً. راجع المادة ٥٤ (الانقروي).

إختلاف: إذا ادعى الورثة بطلان البيع بعد أن باع الوصي مالاً من التركة وأنه باعه وهو معزول من الوصاية وادعى المشتري أنه باعه منه في حال وصايته وأقام الطرفان البينة ترجح بينة المشتري (ترجيح البينات وتوجيه المهمات عن القنية).

﴿المادة ٣٦٦﴾ البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض. يعني يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ.

أي إذا قبض المشتري أو وكيله المبيع في هذا البيع بإذن البائع صراحة أو دلالة ولم يكن ثمة خيار في البيع يكون البيع نافذاً ويصير حينئذ تصرف المشتري فيما اشتراه جائزاً.

والإذن صراحة كأن يقول البائع للمشتري استلم المبيع. والإذن دلالة كأن يقبض المشتري المبيع في البيع الفاسد في مجلس العقد والبائع يراه ولا يمنعه. (راجع المادة ٦٧). يعني إذا قبض المشتري المبيع على الوجه المذكور في البيع الفاسد فباعه من آخر أو وقفه وتصرف فيه بأي نوع من أنواع التصرف فتصرفه جائز إلا أنه إذا كان ثمة خيار شرط في البيع للبائع وقبض المشتري المبيع على هذه الصورة فلا يجوز تصرف المشتري فيه لأن خيار الشرط للبائع في المبيع مانع من ثبوت ملكية المشتري له. (أنظر المادة ٣٠٨). وعلى كون البيع الفاسد غير نافذ قبل القبض فلو أجر أو باع المشتري ما اشتراه ببيع فاسد من آخر فاجاره أو بيعه غير صحيح.

﴿المادة ٣٦٧﴾ إذا وجد في البيع أحد الخيارات لا يكون لازماً.

يعني إذا وجد في البيع خيار من الخيارات المبينة في الباب السادس في المتن والشرح فالبيع غير لازم. «در المختار في أول البيع الفاسد».

وما بقي الخيار فليس لغير المخير فسخ البيع مثال: إذا وجد خيار عيب أو خيار رؤية للمشتري أو خيار شرط للبائع مما لم يسقط المشتري أو البائع خياره أو لم تمض مدة الخيار فلا يكون البيع لازماً.

﴿المادة ٣٦٨﴾ البيع الذي يتعلق به حق آخر كبيع الفضولي وبيع المرهون ينعقد موقوفاً على إجازة ذلك الآخر.

يعني أن البيوع المذكورة وأشباهها غير نافذة وإليك فيما يلي تعداد البيوع التي ليست بنافذة:

(١) بيع الفضولي، (٢) بيع المرهون، (٣) بيع المأجور، (٤) بيع الأراضي التي تكون تحت مزارعة الغير، (٥) بيع الصبي المميز غير المأذون، (٦) بيع المعتوه المحجوز، (٧) بيع الذي يبلغ وهو سفيه، (٨) بيع أحد ورثة المريض، (٩) بيع المريض لأجنبي محاباة.

وإنما تكون هذه البيوع موقوفة على إذن المرتهن والمستأجر والمزارع وبقية الورثة وإجازتهم إذا كان كل واحد من المذكورين عاقلاً وسيبين ذلك في شرح المادة ٣٧٧ وهذه المادة فرع للمادة ٣٦٥.

أما إذا كان مجنوناً أو صبياً فيكون البيع موقوفاً على إجازة الولي أو الوصي وإن لم يكن هناك وصي أو ولي فعلى إجازة القاضي. «در المختار»(أنظر المادة ٣٧٨).

وإليك الضابط لما يكون موقوفاً على الإجازة أو غير موقوف:

كل تصرف يصدر من الفضولي صحيح إلا أنه إذا وجد في حال وقوع ذلك التصرف من له مقدرة على الإجازة فيعقد موقوفاً على إجازته فإن لم يوجد تلك الحال من له مقدرة عليها فلا ينعقد البيع مطلقاً.

إذا باع الصبي غير المأذون مالاً له ثم أجاز البيع بعد بلوغه فإجازته جائزة لأن بيع الصبي

موقوف ويوجد في المدينة التي يقيم فيها من يجيز وعليه فبيع الصبي المميز بدون إذن الولي مالاً له يكون موقوفاً على إجازة وليه وقد صار بيان ذلك في شرح المادة ٣٦٢.

كذلك بيع المعتوه المحجور موقوف على إجازة الولي والوصي أو القاضي. (راجع الفقرة الأخيرة من المادة (٩٦٧).

وكذلك بيع الصبي المحجور الذي يبلغ سن الرشد وهو سفيه فبيعه وشراؤه موقوفان على إجازة القاضي والوصي. (الهندية في الباب الثاني عشر من البيوع).

شراء الفضولي: شراء الفضولي يكون موقوفاً أيضاً. وذلك كأن يشتري إنسان مالاً من آخر ويضيف العقد تغيره بدون إذنه فيكون ذلك الشراء موقوفا على إجازة ذلك الغير المضاف إليه العقد. مثال ذلك: إشترى إنسان لآخر فرس بدون أمر منه بالشراء وأضاف الشراء لذلك الآخر قائلاً: إشتريت هذا الفرس بكذا قرشاً لفلان يكون ذلك الشراء موقوفاً على إجازة ذلك الشخص المضاف إليه الشراء إما إذا لم يضف المشتري ذلك العقد لأحد أو اشترى الفرس مضيفاً العقد لنفسه فلا يكون موقوفاً بل ينفذ عليه. وعلى ذلك فلو اشترى الوكيل بالشراء شيئاً وقد خالف موكله في جنس ما اشتراه فيكون ذلك الشراء نافذاً على الوكيل. (أنظر المواد ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٨٠، ١٤٨١)

والتفصيلات بخصوص شراء الفضولي ستأتي في شرح المادة (٣٨٧).

التصرف الذي ليس بصحيح: هبة الصغير ماله وتسلمه لمن وهبه إليه وبيعه ما يملك أو شراؤه مال غيره مع الغبن الفاحش تصرف غير صحيح. وكما لا يجوز للوصي أو الولي أو الحاكم إجازة هذه الأشياء فليس للصبي أن يجيزها بعد البلوغ.

عدم وجود المجيز حال وقوع العقد: إذا باع إنسان مالاً لصغير من آخر فضولي وليس للصبي وصي أو ولي ولا حاكم في البلد التي يقيم فيها الصبي يجيز ذلك فالبيع باطل ولو أجازه الصبي بعد البلوغ لأن الإجازة لا تلحق البطل.

الفصل الثاني

في بيان أحكام أنواع البيوع

﴿المادة ٣٦٩﴾ حكم البيع المنعقد الملكية يعني صيرورة المشتري مالكاً للمبيع والبائع مالكاً للثمن.

أي أن الحكم الأصلي لأنواع البيع الأربعة المذكورة في المادة ١٠٦ ملكية البدلين. دائر الملكية عبارة عن المقدرة إبتداء على التصرف «ما لم يكن مانع» وقد صرح بقيد «إبتداء» مقدرة الوكيل والوصي والمتولي ويقيد«ما لم يكن مانع» المبيع المنقول قبل القبض لأن المشتري وإن كان مالكاً المبيع قبل القبض فهو بعدم القبض غير مقتدر على التصرف.

والحاصل أن المشتري يملك المبيع والبائع يملك الثمن مالاً في البيع البات وبعد الإجازة في البيع الموقوف أي أن ملكية المبيع تنتقل للمشتري وملكية الثمن تنتقل للبائع كما سيبين في المادة (١٢٤٧) وسواء ذكر في العقد تملك البائع للثمن والمشتري للمبيع أو لم يذكر لأن النص على المقتضى بعد حصول الموجب ليس بشرط كما هو صريح القاعدة الفقهية أي أنه إذا كان شيء موجباً لآخر فلا يلزم التصريح بما يترتب عليه تخصيص لأن حصوله لازم.

مثال ذلك: إذا عقدت اجارة فليس من حاجة إلى التصريح بصيرورة المنفعة ملكاً للمستأجر والأجرة ملكاً للمؤجر.

أما الحكم التابع للبيع المنعقد، أولاً: وجوب تسليم البائع للمبيع إلى المشتري، ثانياً: دفع المشتري الثمن للبائع وثبوت الشفعة في المبيع إذا كان عقاراً مملوكاً وما أشبه ذلك «در المختار ورد المحتار في أول البيوع، أبو السعود».

﴿المادة ٣٧٠﴾ البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً. فإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع في البيع الباطل كان المبيع أمانة عند المشتري فلو هلك بلا تعد يضمنه.

يعني أن البيع الباطل سواء قبض المبيع أو لم يقبض لا يفيد الملكية ولا يترتب عليه حكم مطلقاً سوى أنه يكون أمانة إذا قبض. وعلى ذلك فلو اشترى إنسان مالاً ووقفه فلا يكون الوقف صحيحاً.

وبما أن تصرف المشتري في المبيع أو قبضه وتملكه في البيع الباطل غير صحيحين كان ذلك المبيع أمانة عند المشتري أي كان داخلاً في قسم من أقسام الأمانة بمقتضى المادة (٧٦٢) فلو هلك في يده/ بلا تعد لا يكون ضامناً لأن البيع لما كان باطلاً بقي مجرد القبض بإذن المالك وهو لا يوجب الضمان بدون تعد. «الزيلعي» (أنظر المادة (٧٦٨) مع الفقرة الثانية من المادة (٧٧١).

أما إذا كان قبض المشتري المبيع بدون إذن من البائع فيعد المشتري غاصباً والمبيع في يده مالاً مغصوباً. (أنظر المادة (٨٨١) الدرر، والغرر، والدر المختار في البيع الفاسد).

أما إذا أتلف المشتري ذلك المبيع وقد قبضه بلا إذن البائع فقد وجب عليه الضمان.

﴿المادة ٣٧١﴾ البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض. يعني أن المشتري إذا قبض المبيع بإذن البائع صار ملكاً له فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري لزمه الضمان. يعني أن المبيع إذا كان من المكيلات لزمه مثله وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه.

أي أن البيع الفاسد إذا لم يكن فيه خيار شرط يفيد الحكم عند القبض في الحال أما إذا كان فيه خيار شرط فيفيده بعد القبض وبعد مرور مدة الخيار - (والقبض إما حقيقي وإما حكمي) يعني يشترط القبض بأحد نوعيه في إفادة البيع الفاسد الحكم. فإذا طحن المشتري الحنطة التي اشتراها شراء فاسداً قبل القبض بأن قال للبائع اطحنها فطحنها أو ذبح المشتري خروفاً بأن أمر البائع بذبحه قبل القبض فذبحه ،فالطحين والخروف المذبوح للبائع (البزازية والهندية).

فإذا قبض المشتري أو وكيله المبيع بإذن البائع صراحة أو دلالة يصبح مالكاً وتصرفاته كلها صحيحة ولا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداد المبيع. (راجع المادة ١٠٢٦).

القبض - فسر هذه الكلمة إلى كون المبيع بقي في يد المشتري من قبل. أما إذا وجد المبيع قبل البيع في يد المشترى وديعة فالمشتري يتملكه بمجرد القبول.

وكيفية قيام قبض الأمانة مقام قبض المضمون يرجع فيها الى المادة ٢٦٢.

ولو قبض المشتري المبيع بدون إذن البائع فكأنه لم يقبض فلا يكون مالكاً له. «المكين، والطحطاوي والدر المختار، والزيلعي في أحكام البيع الفاسد» ويكون القبض كما جاء في شرح المادة ٣٦٦ بالإذن صراحة كأن يأمر البائع المشتري بقبض المبيع وفي الحال يعتبر قبض المشتري المبيع سواء كان في حضور البائع أو في غيابه أو دلالة وهذا يكون بقبض المشتري المبيع على مرأى من البائع في مجلس البيع وسكوت البائع أو عدم منعه إياه عن القبض. (راجع المادة ٦٧). وأما إذا منعه ونهاه عن قبضه فلا يكون قبض المشتري صحيحاً. (راجع المادة ١٣)، والإذن دلالة قبل انقضاء المجلس كاف لأن البيع تسليط من البائع للمشتري على قبض المبيع إذ مراد البائع بالبيع تمليك

المشتري المبيع ويكون ذلك بالقبض. «الزيلعي». إلا أن القبض بالإذن دلالة بعد انقضاء المجلس غير صحيح ما لم يكن البائع قد قبض ثمن المبيع فإن قبضه الثمن مما يخول المشتري قبض المبيع في الأوقات كلها. ولكن يشترط هنا ألا يكون الثمن المقبوض مالا متقوماً كالخمر. «الزيلعي الطحطاوي».

القبض أحياناً حقيقي وهذا ظاهر وأحياناً حكمي وهذا كما إذا اشترى إنسان مقداراً من الحنطة وأمر بتفريغها على حنطة له ففعل البائع يكون المشتري قد قبض الحنطة المباعة منه حكماً. «رد المحتار، والهندية في الباب الحادي عشر من البيوع».

فعلم مما مر أن القبض في البيع الفاسد على وجهين ١ - القبض بالإذن صراحة. ٢ - القبض بالإذن دلالة. وإن القبض قسمان (١) قبض حقيقي (٢) قبض حكمي، وعليه فإذا أتلف الذي اشتراه المشتري في بيع فاسد عنده بلا تعد منه سواء في ذلك قبل الفسخ أو بعده أو أتلفه المشتري واستهلكه أو وهبه إلى آخر وسلمه إياه أو وجد سبب من الأسباب التي سيصير بيانها في المادة الآتية أو غيرها مما يجعل رد المبيع عيناً متعذراً يلزم الضمان لا الثمن المسمى حتى أنه لو فسخ العقد بعد القبض بناء على فساده والبائع أبرأ ذمة المشتري وتلف المبيع وهو في يد المشتري بلا تعد ولا تقصير فلا تكون ذمة المشتري بريئة من الضمان لأن الإبراء من قيمة المبيع وهو موجود ليس بصحيح. أما إذا أبرأ البائع المشتري من عين المبيع ثم بعد ذلك تلف بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم الضمان لأن الإبراء عن مال قبض فاستوجب الضمان يجعله في حكم الوديعة. «مشتمل الأحكام في البيع الفاسد».

والضمان بالكيفية الآتية:

أولاً: بمثله إذا كان المبيع من المثليات وكان مثله موجوداً.

ثانياً: بقيمته يوم الخصومة إذا انقطع وجود مثله.

ثالثاً: بإعطاء البائع قيمة المبيع يوم قبضه إذا كان من الكميات وقد اعتبروا يوم القبض هنا لأن الضمان لا يثبت إلا بالقبض وإذا ازدادت قيمة المبيع بعد القبض واستهلكه المشتري فالقيمة التي تحصل بعدئذ في المبيع لا تكون معتبرة.

الاختلاف في المثلية أو مقدار القيمة أو في المقبوض: إذا أراد المشتري إعطاء البائع مثل المبيع الذي استهلكه فيما إذا كان البيع فاسداً فقال البائع أنه ليس كالبيع والمبيع خير منه وقال المشتري أنه خير منه فالقول للمشتري وعلى البائع أن يثبت مدعاه بالبينة. (الخيرية في البيع الفاسد).

كذلك المال القيمي إذا وجب ضمانه في البيع الفاسد واختلف البائع والمشتري في قيمته واختلفا في مقدار المال المقبوض فالقول مع اليمين للمشتري. (راجع المادة ٨) لأن القول للقابض سواء كان ضامناً كالغاصب أو مؤتمناً كالذي عنده الوديعة. وتقبل البينة لإسقاط اليمين. (رد المحتار في البيع الفاسد) وهي للبائع (راجع المادة ٧٧).

أما إذا حصل للمال المشتري شراء فاسداً نقص عارض (١)بآفة سماوية (٢) بفعل المشتري (٣) بفعل المبيع (٤)بفعل الأجنبي، فللبائع أخذ قيمة النقص من المشتري باسترداده المبيع ولا يترك للمشتري ويضمن قيمته كلها إزالة للفساد .(الأنقروي)

مثال: إذا اشترى إنسان بستاناً شراء فاسداً بألف قرش مدفوعة وقبضه وبعد أن قبضه نشف من شجره وأراد البائع أن يسترد بستانه فله ذلك على أن يحسم مقدار النقص الذي طرأ على البستان وهو في يد المشتري من الثمن ويرد الباقي إلى المشتري. إلا أن البائع في الصورة الرابعة مخير بين أن يضمن الثمن المشترى قيمة النقص وبين أن يضمنها الفاعل.

أما إذا حصل نقص بفعل البائع فيكون كأنه استرد المبيع حتى إذا طلب البائع المبيع بعد ذلك ولم يمنعه المشتري من أخذه وتلف المبيع في يد المشتري فخسارته تعود على البائع.(البزازية في الرابع من البيوع والفيضية).

﴿المادة ٣٧٢﴾ لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد إلاَّ أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله كما لو كان المبيع دارا فعمرها أو أرضاً فغرس فيها أشجاراً أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً بطل حق الفسخ في هذه الصور.

لكل من المتعاقدين فسخ البيع الفاسد بشرط أن يكون علم الآخر لاحقاً له ما بقي المبيع على حاله ولم يوجد مانع من الموانع المذكورة للفسخ فيسترد البائع المبيع ويسترد المشتري الثمن سواء قبض المبيع في البيع الفاسد أو لم يقبض فالواجب على كل من العاقدين فسخ البيع الفاسد لإزالة الفساد لأن البيع الفاسد معصية. (رد المحتار) وبالفسخ الذي يقع ولما يقبض المبيع امتناع عن البيع الفاسد.

يلزم لصحة الفسخ المذكور علم صاحبه ولا يشترط حكم القاضي أو رضاء الطرف الآخر فيه لأن الحكم الواجب شرعاً لا يتوقف على حكم حاكم فإذا أراد أحد المتابعين فسخ البيع الفاسد قبل القبض وبعده فله ذلك بشرط أن يعلم الطرف الآخر بمراده سواء كان فساد البيع في صلب العقد كفساد وقوع العقد بثمن غير متقوم أو كان في ثمن المبيع أو المثمن كأن يشترط لأحد المتعاقدين شرط زائد يكون لأجل مجهول وإنما لزم علم الطرف الآخر بفسخ البيع ليكون له متسع من الوقت يعمل فيه على مصلحته فإذا كان البائع فهو في حاجة لأن يبحث عن مشتر لماله فيبيعه منه أو يتصرف فيه بنوع آخر فإذا كان المشتري فهو في حاجة لأن ينتفع بنقوده ويتصرف فيها كما يشاء.

قلنا ان رضاء الطرف الآخر أو قضاء الحاكم ليس بشرط لأن هذا البيع ليس بلازم حتى أن المشتري إذا أراد أن يرد ما اشتراه ببيع فاسد إلى البائع بداعي فساد البيع فلم يقبله البائع منه

ارجعه إلى بيته فتلف هناك فلا يكون المشتري ضامناً. (الدر، الأنقروي، در المختار في البيع الفاسد).

إلّا أنه في فساد البيع بإلحاق شرط زائد تعود منفعته على أحد العاقدين وإن كان للطرف الذي يعود عليه منفعة الشرط أن يفسخ البيع بدون حاجة إلى رضاء أو قضاء. ففسخ الطرف الآخر للبيع يتوقف على القضاء أو الرضاء . (القهستاني والأنقروي).

أقسام رد المبيع: لرد المبيع نوعان:

النوع الأول: رد حقيقي وهذا ظاهر، النوع الثاني حكمي. . .

وإليك القاعدة في الرد الحكمي: إذا كان لإنسان حق من جهة ما وتقاضى حقه من جهة أخرى من المستحق فيكون كأنه أخذ حقه من الجهة التي يستحقه منها وإلالا. وذلك كما لو اشترى أي إنسان شيئاً من آخر شراء فوهبه المشتري إلى البائع أو تصدق عليه به أو باعه منه بالثمن الذي اشتراه منه أو بغيره أو أعاره إليه أو أجره له أو رهنه عنده أو توصل إليه البائع بغير ذلك كالغصب مثلاً فيفسخ البيع الفاسد ويصبح المشتري كأحد الضمانين.

إذا باع المشتري ما اشتراه شراء فاسداً من البائع أو سلمه إياه أو وهبه منه أو تصدق عليه به فيعد كأنه قد حصلت متاركة في البيع ويكون البائع مستحقاً لاسترداد المبيع ومتى سلم المشتري المبيع للبائع في هذه الصورة على أي شكل من الأشكال المذكورة فيكون قد رده إليه.

كذلك إذا باع إنسان ما اشتراه شراء فاسداً من وكيل البائع وقبضه ذلك الوكيل وسلمه إياه يكون بريئاً من الضمان حتى إذا تلف ذلك المبيع في يده بعد ذلك فلا يلزمه شيء. «الأنقروي في البيع الفاسد».

وكذلك اذا اشترى إنسان ثوب قماش من آخر شراء فاسداً وفصله ثم أعاده إليه وتلف في يده فلا يضمن غير قيمة النقص الذي حدث بالتفصيل «لأن بالإيداع منه صار راداً إليه إلا قدر النقصان لأن الرد يستحق عليه فبأي وجه وجد وضع عن المستحق وفيه إشارة إلى أن النقصان في يد المشتري لا يبطل حق البائع فيه في الفسخ لأنه لو بطل لما صح وقوعه عن المستحق. «البزازية في الثالث من البيوع». ويقال لهذا الرد رد حكمي.

أما إذا لم يصل المبيع إلى يد البائع من جهة المشتري بل وصل إليه من جهة غيره فلا يكون ثمة متاركة.

مثال ذلك: لو باع إنسان ما اشتراه شراء فاسداً من آخر أو وهبه إليه أو تصدق عليه به وسلمه إياه وذلك الشخص باعه من البائع الأول أو وهبه إليه أو تصدق عليه به وسلمه إياه أيضاً فلا يكون بذلك متاركة بل يكون المشتري ضامناً لقيمة المال.(راجع المادة ٩٨) «رد المحتار في البيع الفاسد».

وقوله (لكل من المتعاقدين) ليس باحتراز عن الوارثين لأنه إذا توفي أحد العاقدين فلا يبطل حق الفسخ فللوارث أن يفسخ العقد. مثال ذلك: إذا توفي المشتري شراء فاسداً فللبائع أن يسترد من ورثته كما أن للمشتري إذا توفي البائع أن يرده لورثته ويسترد ثمنه من التركة.

والإبراء الذي يكون ضمن البيع الفاسد والباطل ليس بمانع للفسخ أيضاً.

مثال ذلك: لو باع إنسان مالاً من آخر بيعاً فاسداً أو باطلاً وبعد أن سلمه إياه أبرأه مما يتعلق به فالإبراء باطل ويكون له حق الفسخ. (الفيضية في البيع الفاسد) (راجع المادة ٥٢).

أحقية المشتري في المبيع بيعاً فاسداً: إذا توفي البائع مفلساً بعد فسخ البيع الفاسد أو قبله يكون المبيع في يد المشتري كرهن وهو أحق به من سائر الغرماء. وإذا لم يكن للبائع المتوفي غيره. ويعطى للمشتري إذا كان لا يزيد عما دفعه من الثمن وإن زاد فالزيادة توزع على الغرماء وإن نقص فالمشتري كغيره من الغرماء في انتظار ظهور شيء يستوفي منه نقصان الثمن. وكذا إذا توفي المشتري قبل القبض وقبل دفع الثمن سواء كان قبل فسخ البيع أو بعده يكون البائع أحق من سائر الغرماء في قيمة المبيع. غير أنه إذا كانت القيمة أكثر مما يستحقه البائع كانت الزيادة راجعة إلى الغرماء الآخرين. «رد المحتار في البيع الفاسد، والهندية في الباب الحادي عشر من البيوع».

وفي الصور التالية لا يفسخ فيها البيع الفاسد:

١ - إذا هلك المبيع في يد المشتري أو لم يبقَ على حاله.

٢ - إذا استهلك المشتري.

٣ - إذا أخرجه المشتري من يده وباعه من آخر غير البائع بيعاً صحيحاً لازماً وإن لم يقبضه المشتري.

٤ - إذا وهبه المشتري من آخر وسلمه إليه.

٥ - إذا تصدق به على آخر.

٦ - إذا رهنه من آخر وسلمه إليه.

٧ - إذا توفي المشتري بعد أن أوصى به إلى آخر.

٨، ٩ - إذا جعل بدل صلح أو اجارة وخرج بذلك من ملك المشتري.

١٠ - إذا حصلت زيادة في المبيع متصلة غير متولدة منه بأن كان المبيع داراً فعمرت أو عرصة فغرست أشجاراً أو لباساً فصنع أو خيط أو نحو ذلك.

١١ - إذا تغير المبيع بأن كان بُرّاً فطحنه وجعله دقيقاً أو قطناً فنسجه.

ففي هذه الصور كلها يكون البيع الفاسد لازماً ولا يبقى حق الفسخ والإسترداد ويكون المشتري ضامناً ببدل المبيع.

إذا ادعى المشتري شراء فاسداً عندما طلب البائع استرداد المبيع سقوط حق الفسخ وقد باعه من شخص آخر غائب وصدق البائع على قوله فلا يبقى حق الفسخ ويحكم بالقيمة وكذا يحكم

بالقيمة لو حضر الغائب وصدق على البيع أو لا ولا يبقى للبائع حق الإسترداد.

فإن لم يصدق البائع وأقام المشتري بينة على أنه باعه من ذلك الغائب فلا تقبل ويجبر على أداء عينة للبائع (مشتمل الأحكام، ورد المحتار في البيع الفاسد) ولو حضر بعدئذ الغائب وصدق على قول المشتري الأول بأنه اشترى منه ذلك المبيع يبقى ذلك الرد كما كان. «الهندية في الباب الحادي عشر من البيوع». إذا كان البيع عرصة وغرس فيها المشتري أشجاراً أو أنشأ أبنية كان ذلك مانعاً للفسخ إذ يتضرر المشتري بإجباره على القلع أو الهدم. (راجع المادة (١٩)). أما إذا أقلع المشتري ما غرسه أو ما بناه فسخ المشتري البيع بإخلاء العرصة بنفسه رد المبيع إلى البائع لأن المشتري حينئذ يكون راضياً بضرر القلع والهدم. وإذا باع المشتري ما اشتراه بيعاً فاسداً من آخر بيعاً صحيحاً فللبائع أن يضمن المشتري قيمة ذلك المال كما تقدم بيانه وإن لم يكن بيعاً صحيحاً فليس له استرداد المبيع من ذلك الرجل كما أنه ليس له أن يضمنه بدل البيع على الأصح. (الأنقروي في البيع الفاسد).

رجوع حق الفسخ بعد الزوال:

إذا زال مانع الفسخ لأي سبب من الأسباب بالنسبة إلى العاقدين أو إلى سائر الناس قبل الحكم بالمثل أو القيمة رجع حق الفسخ. مثال ذلك:

إذا وهب المشتري ما اشتراه وقبضه الموهوب له أو رهنه عند آخر وسلمه إياه ثم رجع عن تلك الهبة من نفسه أو بحكم الحاكم أو فك الرهن لاداء دين كان للعاقدين حق الفسخ. (راجع المادة ٢٤) (الأنقروي الهندية في الباب الحادي عشر من البيوع). فإن زال المانع بعد الحكم بالقيمة أو المثل فلا يرجع حق الفسخ (البزازية في الباب الرابع عشر من البيوع). لأن القاضي لما أبطل حق البيع في العين ونقله إلى القيمة بإذن الشرع فلا يعود حقه إلى العين وان ارتفع السبب كما لو قضى على الغاصب بقيمة المغصوب بسبب الاباق ثم عاد. (رد المحتار في البيع الفاسد) مثال:

لو باع المشتري ما اشتراه فاسداً من آخر وسلمه إياه ثم رده المشتري الثاني إلى الأول بخيار العيب برضاه فليس للمشتري الأول أن يرده إلى بائعه الأول بذلك العيب. لأن المبيع الذي يرد بخيار العيب مع التراضي ليس بفسخ للبيع وإنما هو في حكم شراء ثان للمبيع. راجع المادة (٩٨).

أنواع الزيادة وأحكامها: الزيادة أربعة أنواع:

١- الزيادة المتصلة المتولدة.

٢- الزيادة المتصلة غير المتولدة.

٣- الزيادة المنفصلة المتولدة.

٤- الزيادة المنفصلة غير المتولدة.

وكلها لا تمنع الفسخ ما عدا النوع الثاني أي أن الزيادة المتولدة من أصل المبيع كالكبر والحسن والسمن أو المنفصلة المتولدة كولد النعاج وصوفها. والمنفصلة غير المتولدة كالبغلة ليس مانعاً من الفسخ ومتى فسخ البيع الفاسد فللبائع أخذ المبيع بعد تلك الزيادة المنفصلة المتولدة

ويضمن المشتري الزيادة إذا اتلفها بنفسه. إذا كان تلفها ناشئاً عن غير تعد منه أو تقصير مثال ذلك: إذا باع إنسان بستانه من آخر بيعاً فاسداً وسلمه إياه وقبض ثمنه وبقي في يده ثلاث سنوات فاستهلك نواتجه طول تلك المدة بدون إباحة وبعد ذلك أراد البائع استرداده بالنظر إلى فساد البيع فرد إلى المشتري الثمن واسترد البستان فله تضمين المشتري نواتج الثلاث سنوات ولو هلك المبيع. والزيادة المنفصلة المتولدة من أصله قائمة فللبائع أن يسترد الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع. وقت القبض. «الهندية في الباب الحادي عشر من البيوع».

ويأخذ البائع الزيادة المنفصلة غير المتولدة أيضاً من المشتري. وإذا هلكت تلك الزيادة في يد المشتري فلا يلزمه ضمان وإذا استهلكها فعند الإمام ليس من ضمان عليه أما الإمامان فيقولان بلزوم الضمان. وإذا استهلك المبيع والزيادة المنفصلة المتولدة باقية فالمشتري يكون ضامناً المبيع وتبقى الزيادة المذكورة له لأن الضمان فقد تقرر . «رد المحتار».

﴿المادة ٣٧٣﴾ إذا فسخ البيع الفاسد فإن كان البائع قبض الثمن كان للمشتري أن يحبس المبيع إلى أن يأخذ الثمن ويسترده من البائع.

أي إذا قبض البائع ثمن المبيع الذي باعه ببيع فاسد من المشتري كان للمشتري أن يحبس المبيع أي أن له إمساكه كالرهن إلى أن يأخذ الثمن ويسترده من البائع لأن المبيع لما كان مقابلاً للثمن فيحبس له كما يحبس الرهن. فكما أن مقدار الدين مضمون بالرهن فالمبيع الذي يباع ببيع فاسد مضمون أيضاً بثمنه حتى أن البائع لو توفي فالمشتري أحق من سائر الغرماء بذلك المبيع بل ومن شراء كفن للميت. (راجع المادة (٣٧٢))«رد المحتار في البيع الفاسد، والهندية في الباب الحادي عشر من البيوع وأبو السعود».

وقوله عند الفسخ ليس احترازاً عن قبل الفسخ لأن الحكم قبل الفسخ أحرى بأن يكون على الوجه المشروح إذ أن إمساك المبيع قبله يكون بسبب الملكية.

وقوله أحق من تجهيزه أي بأن توفي البائع واحتيج لتكفينه فللمشتري حبس المبيع إلى أن يستوفي ثمنه وقوله (فإن كان البائع قبض الثمن) إشارة إلى أنه إذا كان الثمن غير مفقود أو ديناً وللمشتري دين على البائع فاشترى منه شيئاً بمقابل دينه شراء فاسداً وأريد فسخ المبيع فليس للمشتري حبس المبيع إلى أن يستوفي دينه أما إذا اشتراه منه بشراء صحيح ثم تقايلا البيع فللمشتري حبس المبيع إلى أن يسترد دينه منه. وها هو الفرق:

لما كان الدين الذي للمشتري على البائع مادياً في الوصف للدين الذي للبائع على المشتري ثمناً للمبيع في البيع الصحيح كأن كان كل منهما قد استوفى ماله حقيقة. أما في البيع الفاسد فلما كان البائع لا يملك ثمن المبيع وإنما يستحق قيمته وسقوط قيمة المبيع في البيع الفاسد محتمل في كل ساعة والقيمة لا تكون متقررة قبل القبض وقيمة الدين الذي للمشتري على البائع متقررة فالتقاص الواقع حينئذ غير متساو في الوصف فيثبت للمشتري حق الحبس.(أبو السعود ورد المحتار).

«المادة ٣٧٤» البيع النافذ قد يفيد الحكم في الحال.

أي بمجرد وقوع العقد يفيد البيع النافذ الذي هو ملكية البائع للثمن والمشتري للمبيع وتصرف كل منهما فيها في يده ولا حاجة في ذلك إلى شيء آخر. أنظر المادتين (٢٥٢، ٢٥٣) والمادة (٣٦٩ وشرحها) (الهندية).

«المادة ٣٧٥» إذا كان البيع لازماً فليس لأحد المتبايعين الرجوع عنه.

أي ليس لأحد المتبايعين أو ورثته في البيع النافذ اللازم أن يرجع عنه بدون رضاء الآخر بوجه من الوجوه. أنظر شرح المادة (١١٤) ولو لم يتفرقا من مجلس العقد خلافاً للشافعي فإن العقد لما كان تاماً بين العاقدين واصبح المبيع داخلاً في ملك المشتري فبقاء الخيار لأحدهما بعد ذلك مستلزم لإبطال حق الآخر وفيه من الضرر ما لا يخفي والضرر بحكم المادة (١٩) ممنوع.

وقوله «لأحد المتبايعين» ليس احترازاً عن الورثة فإذا توفي أحد المتبايعين فليس لورثته حق الرجوع عن المبيع. (الاشباه قبل الكفالة، وأبو السعود، والدرر، والغرر) أما الطرفان فلهما بالتراضي أن يتقايلا البيع كما قد بين في الفصل الخامس للباب الأول.

«المادة ٣٧٦» إذا كان البيع غير لازم كان حق الفسخ لمن له الخيار.

أي لمن له الخيار في البيع الذي لا يكون لازماً أن يفسخ البيع مدة خياره راجع المواد (٣٠١، ٣١٠، ٣١٣، ٣١٦، ٣٣٠، ٣٣٧، ٣٥٧،) البحر.

وهذه المادة تبين أحكام جميع أنواع البيع الذي لا يلزم إجمالاً وقد تقدمت مفصلة في المواد التي مر ذكرها.

«المادة ٣٧٧» البيع الموقوف يفيد الحكم عند الإجازة.

أي يفيد الحكم الذي يترتب على العقد عند إجازة من له حق الإجازة. (الهندية).

فعليه لو باع إنسان فرساً لغيره فولدت وهي في يد المشتري مهراً وأجاز المالك البيع فهي والمهر للمشتري. راجع شرح المادة الآتية:

وبما أن للبيع الموقوف أنواعاً عديدة فسنذكرها مع أحكامها:

١- بيع الفضولي: وهذا لا حاجة إلى ذكر تفصيلاته هنا لأنها ذكرت مفصلة في المادة الآتية:

٢- بيع أو شراء الصبي المميز والمعتوه والمحجور عليه موقوف على إجازة الولي أو الوصي أو القاضي. «الهندية في الباب الثالث عشر من البيوع».

٣- بيع المأجور: إذا اشترى إنسان من إنسان بيتاً مؤجراً من آخر فشراؤه صحيح علم بأنه

مؤجر أولا وليس للمستأجر فسخ العقد مطلقاً إلا أنه لا يؤخذ من يده قبل انقضاء مدة الإجارة بدون رضائه. وعلى هذا فإذا لم يشأ المستأجر تسليم المبيع في الحال فالمشتري مخير بين أن ينتظر إلى أن تنتهي مدة الإجارة وبين أن يراجع المحكمة لفسخ البيع. (أنظر المادة ٥٩٠).

وإذا أجاز المستأجر بيع المأجور كان البيع لازماً. وإذا قال المستأجر للمشتري ابق المأجور بيدي حتى آخذ من المؤجر ما دفعت له من الأجرة فقد أجاز البيع وكان نافذاً. كذلك لو باع إنسان بيته المأجور من آخر فقال أحد الناس للمستأجرين أن فلاناً باع ماله المؤجر لك من فلان فقال المستأجر «الله يبارك له» فيكون قد أجاز البيع.

وإذا باع المؤجر ماله من آخر بدون إذن المستأجر بعد أن باعه قبل ذلك من غيره ثم أجاز المستأجر هذين البيعين مرة واحدة نفذ البيع الأول وبطل البيع الثاني.

٤- بيع المرهون: إذا اشترى إنسان شيئاً مرهوناً عند آخر علم بكونه مرهوناً أو لا فالبيع صحيح وليس للمرتهن فسخ هذا الشراء ولكن لا يؤخذ الرهن من يده بدون رضائه وإذا امتنع المرتهن عن تسليم المبيع في الحال فللمشتري أن ينتظر إلى أن يفك الرهن أو يراجع الحاكم لفسخ البيع. (أنظر المادة ٧٤٧).

ويلزم البيع إذا أجاز المرتهن وتنتقل الرهنية إلى ثمن وكذلك يلزم إذا أدى الراهن دينه أو ابرأه المرتهن منه أو أن المرتهن رد الرهن للراهن على وجه الفسخ. وإذا أجر الراهن المال المرهون أو رهنه عند آخر بدون إذن المرتهن بعد أن باعه من آخر فأجاز المرتهن بعد ذلك الإيجار والرهن كان البيع نافذاً والإيجار أو الرهن باطلاً. (الهندية في الباب التاسع في الفصل الثالث من البيوع، والخيرية، والتنقيح).

وإذا باع الراهن الرهن من إنسان بدون إذن المرتهن وقبض الثمن ثم باعه من آخر قبل فكه ثم فك بعد ذلك فالبيع الأول مقدم على الثاني (الهندية). والمشتري من الراهن إذا باع ثم أجاز المرتهن البيع نفذ اجماعاً وكذا المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين. (البزازية).

٥- بيع المغصوب: إذا باع المغصوب منه المال المغصوب من غير الغاصب كان ذلك البيع موقوفاً، فإذا أقر الغاصب بالغصب أو كان للمغصوب منه بينة كان البيع لازماً وإذا لم يكن لديه بينة وتلف المبيع قبل التسليم فالبيع منفسخ. (راجع المادة ٢٩٣) (الدر المختار في البيوع بوفي الفضولي).

٦- بيع الأراضي المعطاة لآخر بالمزارعة: إذا أجاز المزارع هذا البيع كان لازماً وإلا فالمشتري بالخيار بين أن ينتظر حتى تنتهي مدة المزراعة وبين أن يراجع الحاكم فيفسخ البيع. «مؤيدزاده في أحكام البيوع الفاسدة».

٧- بيع أحد ورثة المريض.

٨- بيع المريض لأجنبي.

٩- بيع الورثة التركة المستغرقة بالدين.
١٠- وسيأتي الكلام على هذه البيوع في الفصل الخامس من الباب السابع.

﴿المادة ٣٧٨﴾ بيع الفضولي إذا أجازه صاحب المال أو وكيله أو وصيه أو وليه نفذ وإلا انفسخ إلا أنه يشترط لصحة الإجازة أن يكون كل من البائع والمشتري والمجيز والمبيع قائماً وإلا فلا تصح الإجازة.

يعني أنه إذا أجاز صاحب المال البيع أو وكيله ولو كان ذلك الوكيل بائعاً فضولاً «حتى أنه إذا باع إنسان مال آخر فضولاً من آخر ثم بعد ذلك وكله لبيع هذا المال وأجاز البيع فالبيع صحيح. كذلك لو باع إنسان مال الصبي فضولاً وبعد أن باعه نصبه الحاكم وصياً على ذلك الصبي فأجاز ذلك الوصي البيع المذكور فيكون جائزاً» . (رد المحتار.).

أو وليه أو وصيه إذا كان صاحب المال صبياً محجوراً أو مجنوناً نفذ وإلا فيفسخ «وهذا لا يعد من شراء الإجازة». ويقال له «عقد فضولي لخيار الإجازة» وإلا فإذا باع الفضولي مال الغير من نفسه كان البيع باطلاً وغير قابل للإجازة راجع شرح المادة (١٦٧) ومن المادة (١٤٩٦)(رد المحتار في الفضول) وقال الشافعي لا يصح بيع مالاً يملكه بغير إذن مالكه. «ميزان الشعراني».

والولي هنا يعم الولي الخاص والعام فإذا لم يوجد للصبي ولي خاص يجيز البيع الفضولي فللقاضي الذي يكون الولد تحت ولايته إجازته.

ومتى أجاز الولي الخاص والعام البيع قولاً أو فعلاً نفذ وأصبح المبيع ملكاً للمشتري كما اصبح ثمن المبيع ملكاً لصاحب المال إذا كان ديناً كالمكيلات وغيرها التي ليست بدراهم ولا دنانير ولا معيبة أو مشاراً إليها وإذا تلف ذلك الثمن وهو في يد الفضولي فلا يلزمه ضمان لأنه يكون من قبيل الأمانة. أنظر المادتين (١٤٦٣، ١٤٥٣).

وإذا باع أحد مال اليتيم فضولاً ثم أجازه بعد أن نصب وصياً صح استحساناً.

وإذا باع انسان نصف الدار المشتركة بين اثنين مناصفة وزع النصف المباع على حصة الاثنين إلّا إنه إذا أجاز البيع أحد الشريكين ولم يجزه الثاني فعند أبي يوسف يكون البيع في كل حصة المجيز لا في الربع فقط وعند محمد وزفر يجوز في الربع. (راجع شرح المادة (٢١٤)) وعلى هذا فإذا أجيز البيع الفضولي فالزيادة التي تحدث بعد البيع وقبل الإجازة تكون ملكاً للمشتري كأصل المبيع. «الهندية في الباب الثاني عشر من البيوع، ورد المحتار في الفضولي».

قلنا أن البيع الفضولي يكون نافذاً إذا أجيز وإلا فلا يكون نافذاً بمجرد وراثة البائع للمبيع أو شرائه إياه من صاحبه. فعليه لو باع إنسان مال والده من آخر فضولاً وتوفي والده بعد ذلك فأصبح ذلك إرثاً لذلك البائع فما لم يجدد البيع لا يكون ذلك البيع نافذاً. «البزازية».

أقسام الاجازة: الاجازة ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الإجازة بالقول وذلك بأن يقول صاحب المال لدى علمه ببيع الفضولي قد اجزت أو يقول للفضولي أصبت أو أصبت توفيقاً أو إذا كنت صحيحاً فأنا راض بالبيع أو اجزت البيع على أن يكون جاداً بقوله وليس بهازل ويفهم الهزل من عدمه بالقرائن.

وإذا لم يكن ثمة قرينة ترجح أحدهما فيرجح الجد لأنه هو الأصل.

القسم الثاني: الاجازة بالفعل، وتكون بقبض صاحب المال الثمن كله أو بعضه أو بطلبه له أو بكتابته سنداً فيه على المشتري أو بهبته إلى المشتري أو تصدقه عليه به.

القسم الثالث: الإجازة بسبب التقدم، وهي الإجازة التي تحصل بتقدم سبب الملك على بيع الفضولي لذلك إذا ضمن صاحب المغصوب الغاصب قيمته يوم غصبه بعد أن باعه الغاصب من آخر يكون ذلك البيع نافذاً عليه. لأنه لما ضمن الغاصب قيمة المغصوب وقت الغصب صار مالكاً له استناداً على ذلك . وسبب الملك هنا قد تقدم على بيع الفضولي.

أما إذا تأخر سبب الملك عن بيع الفضولي فلا تكون الإجازة حاصلة وعليه فإذا ضمن الغاصب برضاء المالك قيمة المغصوب أو اشتراه من صاحبه أو وهبه صاحبه إليه أو ورثه الغاصب بعد البيع والتسليم من صاحبه فلا يكون ذلك البيع السابق الفضولي نافذاً.

الأحوال التي لا تعد من الاجازة:

١ - السكوت ليس باجازة فلا يعد صاحب المال إذا أخبر بالبيع الفضولي وسكت مجيزاً كما أنه لا يكون مجيزاً لو سكت لدى معاينة المبيع. (راجع المادة ٦٧) الهندية في الباب الثاني عشر، واقعات المفتين في البيع .

٢ - لا يكون المالك مجيزاً لو قال لدي استماع بيع الفضولي،امسك المبيع لأن الإمساك لا يدل على الرضاء. (البزازية في ١٠ من البيوع).

الاختلاف في الاجازة وعدمها: إذا إدعى المالك أنه رد بيع الفضولي وادعى المشتري أنه أجازه وأقام كل منهما البينة على دعواه رجحت بينة المشتري لأنها ملزمة. «غانم بغدادي في البيع» وإذا لم يجز صاحب المال البيع كان بيع الفضولي منفسخاً وعليه فإذا أعطى إنسان بستاناً لآخر مساقاة بربع الناتج فأخذ يعمل فيه حتى ظهر الثمر فباع الثمر كله صفقة واحدة مع البستان كان البيع موقوفاً على اذن صاحب البستان فإن اذن جاز وقسم الثمن على قيمة البستان والثمر فيأخذ منه المقدار الذي يلحق حصته في الثمن. «رد المحتار قبيل ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصلح تعليقه». وأن لم يأذن لا يكون البيع جائزاً.

لثلاثة فسخ بيع الفضولي:

١ - المالك، والولي، والوصي ومن إليهم وهذا هو المذكور في المجلة فقط.

٢ - المشتري قبل الإجازة.

٣ - البائع الفضولي قبل الإجازة. لأنه لما كانت حقوق العقد عائدة إليه فله قبل تمام العقد الاحتراز منه. «البزازية في العاشر من البيوع».

إلّا أنه يشترط في إجازة صاحب المال، أو وكيله، أو وليه، أو وصيه، أربعة أشياء: وجود البائع والمشتري والمجيز، وكون المبيع والثمن قائمين للإجازة، وقوع الإجازة قبل الفسخ، وفي الإجازة بشرط وجود ذلك الشرط وإذا كان الثمن من العروض وجوده فإذا هلك أحد الأربعة الأولى أو لم يوجد شرط من البواقي فالاجازة غير جائزة.

تفصيل الهلاك:

١ - هلاك البائع: فإذا أجاز صاحب المال بيع الفضولي بعد وفاة البائع فلا تكون الإجازة جائزة.

٢ - هلاك المشتري: فإذا أجاز المالك البيع بعد وفاة من اشترى من البائع الفضولي فلا يكون صحيحاً.

٣ - هلاك المجيز: إذا توفي صاحب المال قبل أن يجيز بيع الفضولي وأجاز وارثه فلا تصح الاجازة.

٤ - هلاك المبيع: ويكون ذلك على وجهين:

الوجه الأول: الهلاك الحقيقي كتلف المبيع. الوجه الثاني: الهلاك الحكمي كتغيير المبيع تغيراً يعد به شيئاً آخر. فلو كان المبيع قماشاً مثلاً فتفصيله وجعله ثوباً في حكم الهلاك فلا تصح الاجازة فيه بعد ذلك أما صباغته فليست في حكم الهلاك. «الهندية في الباب الثاني عشر من البيوع، رد المحتار في الفضولي» ولو تلف المبيع قبل القبض كان البيع منفسخاً «راجع المادة ٢٩٣» أما إذا تلف في يد المشتري بعد القبض وقبل الاجازة فالمالك يضمن قيمته من شاء من البائع الفضولي أو المشتري. «أنظر المادة ٩١٠». وإذا اختار المالك تضمين أحدهما صار الآخر بريئاً فليس له بعدئذ الرجوع عليه في شيء. فإن ضمن المشتري كان البيع باطلاً وللمشتري حينئذ أن يرجع على البائع الفضولي بما دفع إليه من الثمن. ولكن ليس له أن يطالبه بما ضمنه لصاحب المال. وان ضمن البائع ففيه ثلاث صور:

أولاً - إذا قبض البائع الفضولي المال قبضاً يستوجب الضمان بأن كان بدون اذن المالك.

ثانياً - إذا قبضه قبضاً لا يستوجب الضمان وسلمه إلى غيره ثم باعه منه ففي هاتين الصورتين يكون البيع نافذاً.

ثالثاً - إذا قبضه أمانة ثم باعه من آخر وسلمه إليه فلا يكون البيع نافذاً فقد تأخر سبب الملك عن العقد كما ذكر آنفاً وعليه فلا ضمان.

تفصيل للشروط المختلفة:

٥ - أن تكون الإجازة بالثمن المسمى: فوقوعها على الثمن الذي سماه البائع الفضولي شرط فلو أجاز المالك بيع الفضولي على ثمن آخر كان غير جائز.

٦ - أن تكون الإجازة قبل الفسخ: فلو أجاز صاحب المال بيع الفضولي بعد الفسخ لا تكون إجازته صحيحة. وإذا قال صاحب المال لدى بيع ماله من آخر فضولاً لا أجيز أو سكت فلم يجز البيع ولم يقبحه فقد فسخه ولا يصح الفسخ بعد الإجازة. فلو أجاز صاحب المال بيع الفضولي وهو لم يعلم مقدار الثمن ثم علم به ولم يرق له فليس له فسخ ذلك. (انظر المادة ٥١).

٧ ـ إذا علقت الإجازة على شرط وجب وجود ذلك الشرط: فلو أخبر رجل ببيع ماله فضولاً فقال إذا بيع بعشر ذهبات فقد أجزت فتكون الإجازة صحيحة إذا بيع حقيقة بعشر ذهبات أو أكثر. أما إذا فهم بعد ذلك بأن الثمن مائة مجيدي مثلاً فالإجازة باطلة. (راجع المادة ٨٢ متناً وشرحاً).

٨ - وجود الثمن إذا كان من العروض: وجود الثمن إذا كان عروض تجارة شرط في صحة الإجازة أما إذا كان نقوداً فلا. كما لو باع إنسان مال غيره من آخر فضولاً وقبض ثمنه ذهباً فتلف الثمن وهو في يده فأجاز صاحب المال البيع فالإجازة صحيحة ولزم البيع. وإذا تلف الثمن في يد البائع الفضولي بلا تعد ولا تقصير قبل الإجازة أو بعدها فلا يلزمه ضمان (راجع مادتي ١٤٥٣ و١٤٦٣) لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة من حيث إنه صار تصرفه بها نافذاً.

أما إذا باع دار غيره من آخر بفرس وأراد صاحب الدار أن يجيزه فلا بد لصحة الإجازة من وجود الفرس أيضاً (راجع المادة ٣٧٩ متناً وشرحاً) «مجمع الأنهر في باب الحقوق، ورد المحتار، والبزازية في العاشر من البيوع ومشتمل الأحكام في بيع الموقوف».

وإذا بيع مال فضولاً بثمن عين كهذا كان الثمن ملكاً للبائع ويلزمه أن يدفع إلى صاحب المال مثله. إذا كان من المثليات وقيمته إذا كان من القيميات لأن هذا البيع شراء من وجه والشراء لا يكون موقوفاً بل ينفذ على المباشر كما سنوضح ذلك فيما يأتي:

مثال: لو وجد عند إنسان مقدار من الحنطة أمانة فباعها بملح بدون اذن صاحبها فأجاز صاحبها البيع فليس له أخذ الملح من البائع إذ انه ملك له بل له إلزامه بمثل حنطته لا غير.

كذلك لو باع فرس غيره من آخر بلا اذن بمقابل قماش مقايضة وتقاضيا ثم أجاز صاحب الفرس البيع وشروط الإجازة متوفرة فالقماش ملك للبائع وليس لصاحب الفرس سوى تضمينه قيمتها (الفيضية في الفضولي) لأنه لما صار البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمناً وإن لم يجز قصداً.(مجمع الأنهر في باب الحقوق والاستحقاق) «راجع المادة ٥٤».

١ - إذا اشترى شيئاً بنقود آخر فشراؤه غير موقوف على اذن صاحب النقود ويكون ما اشتراه

ملكاً له وإنما لصاحب النقود أن يضمنه مثل نقوده ولا يصير ذلك الشيء ملكاً لصاحبها بمجرد إجازته البيع لأن النقود لا تتعين والإجازة لا تصير العقد له لأنه نفذ على العاقد إلّا أنها تجعل النقود في يد العاقد على سبيل القرض منه فيكون عليه مثلها. (نقول البهجة فيما يتعلق بالبيوع).

وكذا إذا اشترى بالذهب المودع عنده بستاناً لنفسه فالبستان ملك له لا لصاحب الذهب.

٢ ـ إذا باع من آخر مال غيره فضولاً ثم باعه من آخر ثان مرة ثانية فالعقدان موقوفان فإن أجازهما صاحب المال كانا نافذين وكان المال مشتركاً بين المشتريين إذ لا مرجح لأحد البيعين على الآخر إلّا أن للمشتريين أن يقبلاه مناصفة أو يرداه.(الهندية في الباب الثاني من البيوع).

وإن أجاز البيع الثاني فقط نفذ الثاني وبطل الأول لأن حق المالك الأول قائم في ذات الملك ولم يثبت الملك للمشتري الأول فيه بعينه فبقي موقوفاً كالبيع الثاني فإذا أجيز هذا بطل الآخر.(نقول النتيجة في بيع الأب والوصي والفضولي).

وإذا كان البائع الفضولي اثنين وباع كل منهما ذلك المال من آخر على حدته وأجاز المالك البيعين معاً فالحكم على المنوال الذي مر.

٣ ـ البيع أحق من الإجارة والرهن وذلك كأن يبيع إنسان مال آخر فضولاً وآخر يؤجره أو يرهنه ويجيز المالك البيع والإيجار أو الرهن معاً. فالبيع جائز والإيجار أو الرهن باطل لأن البيع به تمليك الرقبة وهو أولى من تمليك المنفعة. والإجارة والهبة أحق من الرهن والهبة أحق من الإجارة.

والبيع في العقار أحق من الهبة. (الهندية في الباب الثاني عشر من البيوع).

٤ ـ إذا هلك المبيع واختلف المالك والمشتري فقال المالك اجازتي صحيحة لهلاك المبيع بعدها وقال المشتري اجازتك غير صحيحة لفقد الشرط الرابع من شروط الإجازة وهو هلاك المبيع قبلها فالقول للمالك. (رد المحتار في الفضولي).

٥ ـ إذا ادعى صاحب مال بعد أن باعه إنسان من آخر وهلك المبيع بأنه هو الذي أمره ببيعه صدق. أما إذا قال إنني أجزت البيع لدى استماعي إياه فلا يصدق بدون بينة. (البزازية في العاشر من البيوع).

٦ ـ متى أجاز المالك بيع الفضولي كانت حقوق العقد عائدة على ذلك البائع فيستلم البائع ثمن المبيع وهو يسلمه للمالك وليس للمالك مطالبة المشتري بذلك الثمن.(انظر المادتين ١٤٥٣ أو ١٤٢٦) ما لم يوكله البائع الفضولي بقبضه. (إذا برهن المالك على الإجازة فليس له أخذ الثمن من المشتري إلّا إذا ادعى أن الفضولي وكله بقبضه) «رد المحتار في الفضولي ومشتمل الأحكام».

٧ ـ لصاحب المال استرداد ماله إذا باعه فضولي ما لم يجز البيع.كما أن له استرداد ما يحدث فيه بعد البيع من الزوائد. مثال: إذا ولدت الفرس المباعة بيعاً فضولياً أو المغتصبه عند المشتري أو الغاصب فلصاحب الفرس استردادها مع ما ولدته من مهر أو مهرة.

كذلك لصاحب البستان إذا بيع بستانه من آخر بيعاً فضولياً فاستهلك المشتري نواتجه أن يضمنه تلك النواتج ويسترد بستانه. (انظر المادة ٩٠٣) «علي أفندي ونقوله في البيع الموقوف».

٨ - إذا باع إنسان مالاً منقولاً من آخر ثم باعه من غيره فالبيع الثاني غير نافذ لأنه يكون بيعاً فضولياً ومتى أجيز ذلك البيع فإن كان المال مقبوضاً فالإجازة صحيحة وإلاّ فلا أما إذا كان المبيع عقاراً فالإجازة صحيحة ولو لم يقبض. (راجع المادة ٢٥٣) «رد المحتار».

٩ - إذا أعطى المشتري ثمن المبيع للبائع الفضولي على أمل إجازة المالك البيع فليس له استرداده إذا ندم على تسليمه إياه قبل أن يفسخ المالك البيع. «راجع المادة ١٠٠» ولكن قد ذكر آنفاً أن للمشتري الفسخ قبل الإجازة.

١٠ - إذا اشترى من فضولي شيئاً بنقد وتلف النقد في يد البائع بلا تعد ولا تقصير ولم يجز المالك البيع فإن كان عارفاً بأن البائع فضولي فليس له تضمينه وإلاّ فله ذلك أما إذا كان الثمن عرضاً وتلف في يد الفضولي قبل الإجازة فله تضمين مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً لأنه قبضه بعقد فاسد (رد المحتار في الفضولي).

١١ - إذا باع الفضولي مالاً مشتركاً بين إثنين من آخر فاجازه أحدهما وفسخه الثاني نفذ البيع في كل حصة الفاسخ كلها. إلاّ أن المشتري مخير إن شاء قبل حصة المجيز بحصتها من الثمن وإن شاء تركها «لأن المشتري رغب في شرائه ليسلم له جميع المبيع فإذا لم يسلم يخير لكونه معيباً لعيب الشركة». (رد المحتار في الفضولي والبزازية في العاشر من البيوع).

١٢ - إذا باع مال آخر من آخر فضولاً ثم باعه المشتري من غيره فإن ضمن صاحب المال البائع الأول أو أجاز بيعه من المشتري الأول نفذ البيع الأول وبطل البيع الثاني والعكس بالعكس (ولو باعه الغاصب من رجل ثم اشتراه ثم اجاز المالك البيع الأول لا ينفذ البيع الثاني بالاجماع وكذا البيع الأول هنا. (البزازية).

١٣ - إذا باع مالاً من آخر فادعى أحدهما وقوع العقد فضولاً وأنكر الثاني ذلك فالقول للمنكر بلا يمين فلو قال المدعي للبائع أنت أقررت بأن صاحب المال لم يأمرك ببيعه أو انك بعته فضولاً فلا يقبل قوله وبينته. (راجع المادة ١١١) (إذاً فالاقدام على الشراء والبيع دليل على دعوى الصحة وانه يملك البيع ودعوى الإقرار بعدم الأمر تناقض وقبول البينة مبني على صحة الدعوى (رد المحتار قبيل الإقالة) أما إذا اتفق المتبايعان على أنه وقع فضولاً وتصادقاً على ذلك ينقض البيع. ولو أن رجلاً اشترى شيئاً وأشهد أنه اشتراه لفلان وقال فلان قد رضيت فأراد المشتري أن يمنعه كان له ذلك فإن سلمه إليه وأخذ منه الثمن كان هذا بمنزلة بيع مستقل بينهما «انتهى عن كافي الحاكم في الوكالة بالبيع والشراء» (البحر ببعض تصرف) إلاّ أن اتفاق المتداعيين على هذا لا تأثير له على حق المالك فللمالك طلب ثمن المبيع من البائع (راجع المادة ٧٨) لا من المشتري (أنظر المادة ١٤٦١ رد المحتار).

١٤ ـ إذا باع مال آخر من آخر فاتفق صاحب المال والمشتري على أنه باعه فضولاً وتصادقاً على ذلك وادعى البائع أنه باعه بالوكالة عن صاحب المال فإذا أثبت فبها وإلاّ فعلى صاحب المال اليمين فإن نكل عن اليمين ثبتت الوكالة وان حلف كان البيع فضولياً. «رد المحتار قبل الوكالة».

شراء الفضولي:

١٥ ـ إذا اشترى لرجل آخر مالاً بدون توكيل منه فإن أضاف العقد إلى نفسه وأشهد على أنه أخذه لذلك الرجل نفذ العقد على المشتري ولو أجاز ذلك الرجل الشراء بعد وقوعه وقال مالك يتوقف الشراء على الإجازة كالبيع. (ميزان الشعراني)

مثال: لو قال البائع للمشتري (انني بعته لك) وقال المشتري (اشتريته) أو (قبلته) فهو له ولو نوى الشراء للغائب وكذا يكون له لو قال البائع «بعتك هذا المال بكذا قرشاً لفلان» وقال الآخر «أخذته أو قبلته» أو قال المشتري «اشتريت هذا لفلان الغائب بكذا» وقال البائع «بعته» وان نوى الشراء للغائب. «البزازية قبيل العشر ومشتمل الأحكام» «ما لم يكن العاقد صبياً غير مأذون أو محجوراً فيكون ما يشتري لغيره موقوفاً على إجازته.

وإن أضاف العقد إلى الغائب كان موقوفاً على إجازته فإن أجازه صح وإلاّ بطل. مثال: إذا قال البائع «بعت هذا المال لفلان الغائب أو لأجله» وقال الفضولي «اشتريته له أو قبلته لأجله» أو قال «قبلت» فقط فالشراء موقوفاً على إجازة من أضيف العقد إليه. «والصحيح أنه يكفي في كونه موقوفاً أن يضاف في أحد الكلامين إلى فلان» (الهندية في الباب الثاني عشر من البيوع).

١٦ ـ إذا اشترى مالاً لآخر مضيفاً العقد إلى نفسه وسلمه إليه بالثمن الذي اشتراه به ظاناً أنه له وأراد بعد ذلك استرداده فليس له ذلك بدون رضاء المسلم إليه (راجع المادة ١٧١) «الهندية في الباب الثاني عشر من البيوع».

١٧ ـ إذا اشترى مالاً لآخر وأضاف العقد لنفسه فقال له الآخر «انك اشتريته لي بأمري» فقال له «هو لي فاني اشتريت لك بدون أمرك» مختلفين فالقول لمن اشتراه له لأن قول المشتري اشتريته لك اقرار منه بأمره. «الهندية».

١٨ ـ إذا أوجب المشتري فضولاً قائلاً للبائع «اشتريت منك هذا المال لفلان» وقبل البائع بقوله «بعته لك» فالبيع باطل (راجع المادة ١٧٧) وبالعكس يكون البيع موقوفاً. «مشتمل الأحكام في البيع الموقوف».

﴿المادة ٣٧٩﴾ بما أن لكل من البدلين في بيع المقايضة حكم المبيع تعتبر فيهما شرائط المبيع. فإذا وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتبايعين معاً.

ولهذا فيشترط في بيع الفضولي وجود الثمن عند الإجازة إذا كان عيناً فضلاً عن الشروط التي مر ذكرها «مشتمل الأحكام في بيع الموقوف»

وعليه فلو تلفت تلك العين في يد الفضولي بعد قبضها، وأجاز صاحب المال البيع فلا تصح، ولزم ضمان مثل تلك العين ان كان من المثليات وقيمتها إن كانت من القيميات. «البزازية في العاشر من البيوع» إلاّ أنه إذا وقعت منازعة في أمر التسليم في هذا البيع وفي البيع الصرف بأن قال البائع للمشتري «سلمني البدل أولاً حتى اسلمك المبيع» وقال المشتري له «سلمني أنت المبيع أولاً حتى اسلمك البدل» فقد لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتبايعين معاً. وإلاّ فلا تصح المعاملة بناء على الفقرة الاستثنائية من المادة (٢٦٢). لأنه لما كان البدلان في بيع المقايضة متعينين فلا يوجد سبب يدعو إلى دفع الثمن من النقود أولاً.

الفصل الثالث

في السلم

السلم، بفتح السين واللام مصدره إسلام يقال«أسلم في شعير» أي أعطى سلماً فيه .

السلم، قد شرع بالكتاب، والسنة، واجماع الأمة وهو بيع معدوم مخالف للقياس. والمبيع في السلم ليس فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية لأنه دين وإنما يراعى فيه خيار العيب.

خلاصة الفصل:

١- ركن السلم الإيجاب والقبول.
٢- ينعقد السلم بلفظ البيع.
٣- حكم السلم ثبوت ملكية البدلين.
٤- السلم لا يكون إلا فيما يقبل التعيين بالقدر والوصف ولا بد أن يكون موجوداً مثله في الأسواق من وقت العقد إلى حلول الأجل.
٥- تعيين مقدار العدديات المتقاربة أولاً بالعد ثانياً بالكيل ثالثاً بالوزن .
٦- يجوز السلم في الورق بالوزن والعدد معاً.
٧- يجب تعيين اللبن والآجر وأمثالها من العدديات ذات القوالب بالذراع وغيره من المقاييس.
٨- يجب بيان طول القماش من جوخ أو كتان أو ما أشبههما وعرضه ورقته وكثافته وما اتخذ منه وذكر المحل الذي يصنع فيه.
٩- لصحة السلم تسعة شروط.

﴿المادة ٣٨٠﴾ السلم كالبيع ينعقد بالإيجاب والقبول يعني إذا قال المشتري للبائع اسلمتك ألف قرش على مائة كيل حنطة وقبل الآخر انعقد السلم إلى شهر حيث لم يذكر الأصل.

فكما أن البيع ينعقد بالإيجاب والقبول بمقتضى المادة(١٦٧) ينعقد السلم بهما وعلى ذلك فركن السلم عبارة الإيجاب والقبول. «البحر».

فلو قال المشتري للبائع اسلمتك ألف قرش على أن تسلمني مائة كيل من الحنطة في الوقت الفلاني في المحل الفلاني وقبل الآخر انعقد السلم.

يكون السلم منعقداً بلفظ البيع. «راجع المادة الثالثة».

فلو قال إنسان لآخر بعتك مقدار كذا حنطة على وجه السلم وقال المشتري أخذت، انعقد ذلك على أنه سلم ولزم فيه مراعاة شرائط السلم. ولا ينعقد على أنه بيع «خلاصة في الفصل الأول من البيوع».

وحكم السلم كحكم البيع وهو ثبوت ملكية البدلين. يعني صيرورة رأس المال ملكاً للمسلم إليه معجلاً والمسلم فيه ملكاً لرب السلم موجلاً. «الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع».

إلا أن السلم إذا كان فاسداً فليس لرب السلم أخذ المسلم فيه وإنما له أن يسترد رأس المال من المسلم إليه. «الخيرية في السلم».

﴿المادة ٣٨١﴾ السلم إنما يكون صحيحاً في الأشياء التي تقبل التعيين بالقدر والوصف كالجودة والخسة اللتين يمكن ضبطهما بخلاف ما لا يمكن كالدبس والفحم.

السلم لا يكون صحيحاً إلا فيما يقبل التعيين.

أولاً بمقداره أي كيله أو وزنه أو ذرعه وثانياً بصفته أي جودته وخسته ثالثاً بوجود مثله في الأسواق من زمن العقد إلى حلول الأجل رابعاً كونه يتعين بالتعيين لأن السلم في هذه الأشياء لا يفضي إلى النزاع.

الأشياء المذكورة في هذه المادة التي يجري فيها السلم وتبنى عليها مسائله يكون السلم صحيحاً في الحنطة والسمسم وغيرهما من المكيلات وفي الزيت، والعسل، والزعفران، والمسك، والعنبر، والحناء والنحاس، والقصدير، والحديد، والأرز ، والقطن، والجبن، والفحم، والتبن، واللحم، والحطب، والورق وغير ذلك من الموزونات ما عدا النقود وفي ألواح الخشب والبرتقال والليمون والأواني المصنوعة من التراب وغير ذلك من العدديات والمذروعات وعلى ذلك فيجوز جعل المكيلات، والعدديات المتقاربة والحديد والنحاس سلماً أي مسلم فيه والذهب والفضة رأس مال السلم. «الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع، وخلاصة في الفصل الأول».

كذا السلم في الحطب صحيح أما في الصوف فباطل إلا إذا بين فيه طول الحبل الذي سيربط به وعرضه أي بأن يكون معلوماً بحيث لا تكون منازعة فيما بعد.

وكذلك يصح السلم في الورق ولكن يلزم بيان جنسه ونوعه وصفته وفي الأواني والأدوات التي تعمل من التراب إذا بينت بصورة لا تقبل التفاوت. «البزازية في الأول من البيوع، والخلاصة، والملتقى، ورد المحتار».

ولا يصح السلم في الأموال التي لا يكون مقدارها ووصفها قابلاً للتعيين ولا في الحيوانات

على الإطلاق ولا فيما لا يوجد في الأسواق من وقت العقد إلى حلول الأجل لأن المسلم فيه الذي لا يتعين مقداره ووصفه يكون مجهولاً وذلك مما يفضي إلى المنازعة وعليه فلا يكون السلم صحيحاً في البطيخ والتفاح والرمان وغيرها من القيميات. ما لم يكن بصورة غير العد كأن يبين طوله وعرضه ويوصف ويعرف . «منلا مسكين، الزيلعي، مجمع الأنهر».

وكذا فيما يكون موجوداً من نيسان إلى ايلول ومنقطعاً من تشرين أول إلى مارس أي أنه يجب لدى عقد السلم في بلدة لا يوجد فيها المسلم فيه إلا في المدة المذكورة أن لا يتجاوز الأجل فيه شهر ايلول وإلا كان العقد غير جائز وعليه فلا يجوز السلم في:

١- ما كان موجوداً وقت العقد ومنقطعاً وقت حلول الأجل.

٢- ما كان منقطعاً وقت العقد وموجوداً وقت حلول الأجل.

٣- ما كان موجوداً عند العقد وعند حلول الأجل ولكنه ينقطع فيما بينهما ولا يجوز السلم في حنطة السنة المقبلة أيضاً لأن حنطة تلك السنة منقطعة في وقت العقد. أما التي توجد في بعض البلدان وتنقطع في غيرها لا يجوز فيها السلم في البلاد التي تنقطع فيها «لأنه لا يمكن احضارها إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم» أما في البلاد التي توجد فيها فجائز.

إلا أنه إذا حل أجل السلم وانقطع المسلم فيه قبل أن يستلمه رب السلم فلرب السلم أن ينتظر إلى أن يكون موجوداً أو يفسخ عقد السلم ويسترد ماله من المسلم إليه.«در المختار، ورد المحتار».

﴿المادة ٣٨٢﴾ المكيلات والموزونات والمذروعات تتعين مقاديرها بالكيل والذرع والوزن والمعلومات فلا تجوز بمجهول ولا بما ينقبض وينبسط.

إن عبارة المجلة فيها لف ونشر مرتب إلا أن تعيين المكيلات بالوزن والموزونات بالكيل صحيح أيضاً فلو قال إنسان لآخر اعطيتك مائتي قرش سلما على ألف أوقية قمح فقبل الآخر ذلك كان العقد جائزاً . «أنظر شرح المادة ٣٨٦».

﴿المادة ٣٨٣﴾ العدديات المتقاربة كما تتعين مقاديرها بالعد تتعين بالكيل والوزن أيضاً.

أي أن العدديات المتقاربة تتعين مقاديرها: أولاً: بالعد بلا تفريق بين الصغير والكبير. ثانياً: بالكيل. ثالثاً: بالوزن. «در المختار».

فكما يصح السلم بقولك اعطيت كذا قرشاً سلما على ألف جوزة يصح أن تقول اعطيت كذا قرشاً على كذا كيلة جوز أو أوقية جوز إلا أنه يلزم في عقد السلم على البيض أن يذكر فيه أنه بيض دجاج أو بط أو غيره ولا يلزم فيه بيان صفته من جودة أو غيرها لأنه لما كان التفاوت فيه من حيث

القدر ساقطا فبالأولى سقوطه من حيث الصفة. «الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع».

كذلك في الورق فكما يجوز بالماعون يجوز بالوزن «الهندية».

﴿المادة ٣٨٤﴾ ما كان من العدديات كاللبن والآجر يلزم أن يكون قالبه أيضاً معيناً.

يلزم في صحة السلم فيما كان من العدديات كاللبن والآجر طرياً كان أو يابساً أن يكون قالبه معيناً ويحصل العلم بالقالب بمعرفة أبعاده الثلاثة: طوله وعرضه وعمقه ما لم يصطلح أهل بلد على قالب مخصوص لا يشرط تعيينه.«الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع» (راجع المادة ٤٥).

﴿المادة ٣٨٥﴾ الكرباس والجوخ وامثالهما من المذروعات يلزم تعيين طولها وعرضها ورقتها ومن أي شيء تنسج ومن نسج أي محل هي.

ويلزم أيضاً بيان الوزن إذا كان الكرباس معمولاً من الحرير. (مجمع الأنهر).

﴿المادة ٣٨٦﴾ يشترط لصحة السلم بيان جنس المبيع مثلاً انه حنطة أو أرز أو تمر ونوعه ككونه يسقى من ماء مطر «وهو الذي نسميه في عرفنا بعلاً» أو بماء النهر والعين وغيرهما«وهو ما يسمى عندنا سقياً» وصفته كالجيد والخسيس وبيان مقدار الثمن والمبيع وزمان تسليمه ومكانه.

لصحة السلم تسعة شروط:

أولها:بيان جنس المبيع ككونها حنطة أو أرزاً أو تمراً. ثانيها: بيان نوعه ككونه يسقى بماء المطر أو بماء العين وأنه من محصول الجبل أو السهل. ثالثها: بيان صفته كالجودة والخسة. رابعها: بيان مقدار الثمن خامسها: بيان مقدار المبيع. سادسها: بيان زمان تسليم المبيع. سابعها: بيان مكان تسليم المبيع إذا احتاج تسليمه ونقله إلى نفقات. ثامنها: كون المسلم فيه مقدور التسليم. تاسعها: تسلم رأس المال في مجلس العقد وسيذكر الشرط التاسع في المادة ٣٨٧(مجمع الأنهر في السلم)

أما إذا كان المبيع كالمسك والكافور واللؤلؤ وغيره من الأشياء القليلة مما لا يحتاج في نقله إلى نفقات فلا يشترط فيه ذكر مكان التسليم فيسلمه البائع أينما شاء أما إذا بين فيه مكان التسليم فقد لزم التسليم فيه.(راجع المادة ٨٣). لأنه يفيد سقوط خطر الطريق. (رد المحتار).

تفصيلات الشروط التسعة:

نرى بعد ذكرنا مجمل الشروط التسعة أن نأتي عليها مفصلة فنقول:

الشرط الأول: بيان جنس المبيع. يلزم عند الإمام الأعظم إذا كان المسلم فيه جنسين بيان

حصة كل منهما من الثمن وعند الصاحبين لا. (بناء على أن أعلام رأس المال شرط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما)(والخلاصة في الفصل الأول من البيوع).

فيجب عند الإمام أن يقال اعطيت خمسة وعشرين مجيدياً من هذه الخمسين مجيدياً سلماً في خمسين كيلة حنطة والخمسة والعشرين الباقية في خمسين كيلة شعير حتى إذا لم يبين حصة كل منهما من رأس المال كان السلم فاسداً. فلو قال اعطيت هذه الخمسين مجيدياً سلما في خمسين كيلة حنطة وخمسين كيلة شعير فلا يكون صحيحاً. (الهندية في الثامن عشر من البيوع)

الشرط الثاني: بيان نوع المبيع. يلزم هذا الشرط إذا كان للمبيع أنواع متعددة وإلا فلا. (الخلاصة في الفصل الأول من البيوع).

الشرط الثالث: بيان صفة المبيع. إن نسبة الشيء إلى بلد أو قرية ما لبيان صفته لا تمنع من صحة السلم فإن بعض المحال قد تكون مشهورة بجودة حاصلاتها فإذا نسب رب السلم المسلم فيه إليها فقد بين صفته لأنه من خير الأنواع فلا يكون ذلك مانعاً لذلك العقد. أما إذا كانت النسبة إلى قرية معينة لغير الصفة بأن كان للإعطاء من حاصلات تلك القرية فقط فعقد السلم ليس بصحيح أي أن عقد السلم الذي يعقد على أن يعطي المسلم فيه من حنطة قريبة معينة أو تمر نخلة معدومة باطل. اذ قد يعرض لناتج تلك القرية أو تمر تلك النخله آفة فيتعذر تسليم المسلم فيه وكذا لا يصح السلم من غنم معينة (الخلاصة).

الشرط الرابع: بيان المقدار. إذا استعمل لبيان مقدار المبيع وعاء أو مقياس غير معلوم فعقد السلم لا يكون صحيحاً. فلو قلت أعطيت ألف قرش سلماً في ملء هذا الوعاء أو هذا المخزن حنطة أو في وزن هذا الحجر زيتاً أو في طول هذه العمامة أو في طول ذراع أو ذراع فلان كرباساً ولم يكن مقدار ذلك معلوماً بالنسبة إلى المقاييس العامة فليس بصحيح. ويشترط في التقدير أن يكون بمعيار أو ذراع يؤمن فقده.

وجملة هذا أن أعلام المكيل أو الموزون أو المذروع بكيل أو ميزان أو ذراع معروف شرط عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلو أسلم في كر حنطة بقفيز لا يعرف معياره فالسلم فاسد عنده وعندهما جائز. «الخلاصة».

وعلى ذلك فلو قيل أن مقدار المسلم فيه قد عين بكيلة فلان أو بذراعه وكان مقدار ذلك مخالفاً للمقاييس المستعملة بين الناس فالسلم غير صحيح. أما إذا كان موافقاً فصحيح والتقيد لغو. «الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع».

ويشترط في المكيال أن يكون غير قابل للانقباض والانبساط فلا يكون نزاع فيما بعد الاّ أنه يصح السلم في الماء مع أهل القرية بناء على التعامل فيه. (الهندية).

الشرط الخامس: بيان مقدار الثمن. بأن تعلق العقد بمقدراه بأن تنقسم أجزاء المسلم فيه على

أجزائه (فتح) أي بأن يقابل النصف بالنصف والربع بالربع وهكذا. «رد المحتار في السلم». وعليه فيجب أن يقال أعطيتك مائة كيلة حنطة أو عشرين ذهبة سلماً في كذا أوقية من زعفران مثلاً. أما إذا لم يبين في هذه الحال مقدار الثمن كأن يقال أعطيت هذه الكومة من الحنطة أو هذه الذهبات سلماً في كذا زعفراناً ولم يعلم مقدار الكومة أو عدد الذهبات فالسلم باطل وهذه المادة على مذهب الإمام الأعظم رحمه الله تعالى وعند الصاحبين تكفي الإشارة.

أما إذا كان الثمن من الحيوانات أو العدديات المتفاوتة أو نحو ذلك من القيميات والمذروعات فتكفي فيه الإشارة اتفاقاً.

فلو قال إنسان لآخر أعطيتك هذا الثوب من القماش سلماً في مائة كيلة حنطة صح السلم ولو لم يكن مقدار أذرعه معلوماً.

وكما أنه يشترط في الثمن بيان مقداره يشترط بيان جنسه ذهباً أو فضة قمحاً أو شعيراً وبيان نوعه عثماني أو افرنسي وصفته جيداً أو رديئاً ما لم تكن العملة الدارجة غير مختلفة فلا لزوم لبيان نوعها وبيان الجنس كاف. «الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع، رد المحتار».

الشرط السادس: بيان الأجل. يلزم أن لا يقل أجل الثمن عن شهر فعليه فالسلم المعجل ليس بجائز إلّا أنه إذا اشترط الطرفان الأجل في السلم الذي عقد على أنه معجل قبل الإفتراق وقبل استهلاك رأس المال انقلب السلم صحيحاً. «الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع «راجع المادة ٢٤».

وليس الأجل الواحد في السلم بشرط فيعقد السلم على أن تسلم خمس وعشرون كيلة عند تمام الشهر الأول، وخمسون كيلة عند تمام الشهر الخامس وعشر كيلات عند تمام الشهر السادس من وقت العقد. «الدر المختار».

يبطل الأجل بوفاة المسلم إليه ويستوفي المسلم فيه في الحال من تركته ولا يبطل بوفاة رب السلم - «الهندية في الباب الثامن من البيوع» «أنظر شرح المادة ٢٥٧».

وإذا اختلف رب السلم والمسلم إليه في مقدار الأجل فقال الأول انه شهر وقال الثاني انه شهران فأيهما أقام البينة قبلت منه وعمل بموجبها. فإن لم يقم أحدهما بينة فالقول مع اليمين لرب السلم وإذا أقام الإثنان البينة رجحت بينة المسلم إليه. «الهندية في الفصل الرابع من الباب الثامن عشر من البيوع»

الشرط السابع: بيان مكان التسليم: إذا لزم بيان مكان تسليم المبيع فليس من اللازم بيان مكان تسليم رأس المال «فأنه يتعين مكان العقد لايفائه اتفاقاً» «رد المحتار في السلم»

وإذا اكتفى في بيان المكان بقوله يسلم في المدينة الفلانية فللمسلم إليه تسليمه في أي حي

من أحياء تلك المدينة فإذا سلمه في حي من أحيائها فقد برئ ولا يطالب بتسليمه مرة أخرى في محلة أخرى . «البزازية».

إلّا أن العلماء قالوا بلزوم بيان الناحية التي يراد التسليم فيها إذا كانت المدينة كبيرة وتبلغ نواحيها فرسخاً «لأن جهالتها مفضية إلى المنازعة». «الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع».

الاختلاف في صحة السلم وفساده: إذا اختلف الطرفان في صحة السلم وفساده فقال أحدهما أن السلم صحيح لتوفر الشروط فيه وقال الآخر فاسد لأن الشرط الفلاني مفقود منه فالقول مع اليمين لمدعي الصحة . «الخيرية في السلم».

﴿المادة ٣٨٧﴾ يشترط لصحة بقاء السلم تسليم الثمن في مجلس العقد فإذا تفرق العاقدان قبل تسليم رأس السلم انفسخ العقد.

أي يشترط لصحة بقاء السلم بعد انعقاده وهو جامع للشروط المتقدمة في المادة السابقة تسليم الثامن أي رأس المال سواء كان عيناً أو ديناً في مجلس العقد أي قبل افتراق الطرفين بأبدانهما لأن السلم بيع مؤجل بمعجل وهذا إنما يكون بتسليم رأس المال في مجلس العقد.(مجمع الأنهر)

وسواء في ذلك التسلم في أول المجلس أو في آخره بعد التأني والتطويل.«الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع» وإذا امتنع المسلم إليه عن قبض رأس المال يجبره الحاكم على قبضه.(لأن ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة).

فإذا افترق المتعاقدان افتراق ابدان قبل تسلم رأس المال فالعقد منفسخ لأن ذلك افتراق عن دين بدين.وان كان انعقاده صحيحاً وذلك لعدم إيفاء الثمن في مجلس العقد. قال في رد المحتار (فلو انتقض القبض بطل السلم كما لو كان عيناً فوجده معيباً أو مستحقاً ولم يرض بالعيب ولم يجزه المستحق أو ديناً فاستحق ولم يجزه واستبدل بعد المجلس فلو قبله صح) انتهى.

لهذا لم يكن مكان تسليم الثمن شرطاً لأنه على كل حال يجب تسليمه في مكان العقد.

كذلك لا يكون العقد صحيحاً إذا كان لإنسان على آخر دين فقال له ان مالي عليك من الدين سلم في كذا كيلة حنطة تؤديها إليّ في الوقت الفلاني في مكان كذا لأنه لم يتحقق قبضه الثمن في ذلك المجلس لأنه دين.حتى إذا كان رأس المال من جنس واحد وسلم نصفه نقداً وبقي النصف الثاني ديناً فالسلم صحيح في حصة النصف المسلم وباطل في حصة الدين. (لأنه دين بدين)(الدر المختار في السلم).

افتراق الأبدان: يتم ذلك بغياب أحد الطرفين عن نظر الآخر وعلى ذلك فإذا لم يفترقا بل قاما ومشيا معاً فرسخاً أو فرسخين أو أكثر فتقابضاً قبل افتراق أبدانهما فالسلم صحيح.

وينفسخ عقد السلم إذا ذهب رب السلم بعد العقد إلى بيته لاستحضار رأس المال وتوارى عن نظر المسلم إليه أما إذا لم يتوار عن نظره فلا.

ولا يضر اغفاءهما أو إغفاء أحدهما وهما في حالة الجلوس بعد العقد. (مجمع الأنهر والهندية في الثامن عشر من البيوع).

١ ـ إذا كان رأس المال عيناً ورد بالعيب على رب السلم أو ضبط بالاستحقاق وان كان الرد أو الضبط بعد اجراء عقد السلم وبعد الافتراق من المجلس فالسلم منفسخ.

ولو دفع رب السلم إلى المسلم إليه بدلاً من المال المردود أو المضبوط في مجلس الرد أو الضبط فلا يكون السلم صحيحاً. أما إذا كان الرد والضباط في مجلس العقد قبل التفرق ودفع رب السلم بدلاً منه فالسلم صحيح.

٢ ـ إذا رضي المسلم إليه المذكور في المسألة الأولى بعيب رأس المال أو أجاز المستحق البيع فالعقد باقٍ على صحته وللمستحق أن يضمن رب السلم ماله المستحق. (رد المحتار في السلم، والهندية في الباب الثامن عشر من البيوع)

٣ ـ إذا كفل في مجلس عقد السلم أحد برأس المال أو حوَّل رأس المال على أحد الناس فإن سلمه في ذلك المجلس رب السلم أو الكفيل أو المحال عليه إلى المسلم إليه كان السلم صحيحاً. وإلّا فهو والكفالة والحوالة مع البطلان بمكان «فإن فارق رب السلم المسلم إليه قبل القبض بطل العقد وان كان الكفيل والمحال عليه في المجلس ولا يضرهما افتراق الكفيل والمحال عليه إذا كان المتعاقدان في المجلس. (الهندية في الثامن عشر من البيوع).

٤ ـ إذا أخذ المسلم إليه من رب السلم رهناً بمقابل رأس المال في مجلس العقد كان العقد صحيحاً إلّا أنه إذا كانت قيمة الرهن أكثر من رأس المال أو مساوية له وتلف الرهن فالسلم صحيح في مقدار القيمة ومنفسخ في الباقي. وإذا افترق الطرفان قبيل قبض رأس المال فعلى المسلم إليه رد الرهن لرب السلم (رد المحتار في السلم).

٥ ـ يلزم ألّا يكون في السلم خيار شرط. لذلك يبطل إذا كان فيه شرط لأحد المتعاقدين أولهما معاً ما لم يسقط الشرط عند تسلم المسلم إليه رأس المال ووجوده في يده في مجلس العقد وحينئذ لا يطرأ على صحة السلم خلل. (راجع المادة ٢٤) أما إذا سقط خيار الشرط بعد تلف رأس المال فلا يكون صحيحياً (رد المحتار).

٦ ـ إذا حدث في المسلم فيه وهو في يد رب السلم عيب غير العيب الذي كان فيه من قبل بآفة سماوية أو بفعل أجنبي فالمسلم إليه مخير بين إسترجاع المسلم فيه وبذلك يعود السلم وبين تركه فلا يلزمه شيء. (الخلاصة في الفصل الأول من البيوع).

٧ ـ ليس في المسلم فيه خيار رؤية (لأنه لا يثبت فيها ملكه ديناً في الذمة (رد المحتار في

السلم) «راجع شرح المادة ٢٣٠» ما لم يظهر المسلم فيه على خلاف المشروط فيجبر المسلم إليه على إحضاره كما شرط «الهندية في الباب الثامن عشر في الفصل الأول من البيوع».

٨ ـ إذا ابرأ رب السلم المسلم إليه من المسلم فيه أو وهبه منه فقد أقال السلم. أما إذا ابرأ المسلم إليه رب السلم بعد استيفاء رأس المال ابراء اسقاط وقبل رب السلم ذلك فلا يبطل السلم. «الهندية في الباب الثامن عشر في الفصل الثالث والخامس من البيوع».

٩ ـ إذا زاد رب السلم رأس المال فإن كانت الزيادة في مجلس العقد وقبلها المسلم إليه في المجلس أيضاً وقبضها فهي صحيحة ولازمة وإلاّ فلا.(رد المحتار في السلم).

١٠ ـ للمسلم إليه أن يحط بعض رأس المال عن رب السلم.

١١ ـ إذا تلف المسلم فيه وقد هيأه المسلم إليه قبل أن يستلمه رب السلم فالخسارة على المسلم إليه ولا ينفسخ بذلك عقد السلم. ويجبر المسلم إليه على تسليم مثله إلى رب السلم.

١٢ ـ يجوز التحويل في المسلم فيه على آخر وبذلك يبرأ المسلم إليه (أنظر المادة ٩٦٠) كما يجوز أن يتكفل بالمسلم فيه إن شاء وعلى ذلك فلرب السلم مطالبة المسلم إليه أو الكفيل.(الهندية في الباب الثامن عشر من البيوع) (أنظر المادة ٦٤٤).

١٣ ـ ليس للمسلم إليه في رأس المال ولا لرب السلم في المسلم فيه قبل القبض حق البيع والاستبدال والمشاركة والمرابحة والتولية وما أشبه ذلك من التصرفات.

مثال: فلو باع رب السلم المسلم فيه قبل قبضه من المسلم إليه كان البيع باطلاً سواء باعه برأس المال أو بزيادة عليه ولا يكون هذا البيع إقالة للسلم.(رد المحتار في السلم، والهندية في الباب الثامن عشر في الفصل الخامس من البيوع).

استدراك

وفيه مبحثان

المبحث الأول

في اختلاف رب السلم والمسلم إليه

١٤ ـ إذا اختلف المتعاقدان في جنس المسلم فيه فقال رب السلم أني أعطيتك كذا قرشاً سلماً في خمسين كيلة حنطة وقال المسلم إليه أنك أعطيتني سلماً في خمسين كيلة شعير قبلت البينة منهما وترجح بينة رب السلم ان وقع الاختلاف بينهما بعد وقوع العقد وبعد تسليم المسلم إليه الثمن.

وإذا لم تقم بينة جرى التحالف بينهما ويبدأ بتحليف رب السلم فإن نكل أحدهما فسخ عقد السلم بطلب العاقدين أو طلب أحدهما فقط.

وإذا لم يطلب أحدهما الفسخ في هذه الحال ترك على أمل أن يصدق أحدهما الآخر.«الخلاصة في الفصل الأول، والهندية في الباب الثامن عشر في الفصل الرابع من البيوع».

١٥- وإذا اختلف في قدر المسلم فيه أو في وصفه أو في مقدار أذرعه أو في جنس رأس المال أو وصفه أو أذرعه فحكمه حكم الإختلاف في جنس المسلم فيه ما لم يكن الإختلاف في قدر رأس المال ويقيم كل من المتعاقدين البينة فيحكم ببينة المسلم إليه. (الأنقروي عن الوجيز في السلم).

١٦- إذا اختلف المتعاقدان في المسلم فيه الذي اشترط فيه أن يكون جيداً فقال المسلم إليه عند تسليمه المسلم فيه أنه جيد وقال رب السلم أنه رديء عرضه القاضي على اثنين من أهل الخبرة ممن لهم وقوف تام على جيده أو رديئه فإن قالا بجودته ألزم القاضي رب السلم بقوله وللقاضي أن يكتفي بعرضه على واحد من أهل الصنعة إلا أن الحيطة تقضي بأن لا يعرض على أقل من اثنين. (الأنقروي في السلم عن الخلاصة).

١٧- إذا اختلف المتعاقدان فقال أحدهما إننا شرطنا الجودة في المسلم فيه أو الحسنة أو غير ذلك وقال الثاني لم تشترط شيئاً ولم يقم أحدهما بينة فالقول مع اليمين لمدعي الشرط وأيهما أقام البينة قبلت منه وإذا أقاماها رجحت بينة رب السلم. (الدر المختار، ورد المحتار في السلم).

١٨- إذا اختلفا في أصل الأجل فأيهما أقام البينة قبلت منه وحكم بموجبها وان أقاماها معاً رجحت بينة مدعي الأجل وان لم تقم بينة فالقول لمدعي الأجل منهما. (الهندية في الباب الثامن عشر في الفصل الرابع من البيوع).

١٩- إذا اتفق الطرفان على الأجل كأن اتفقا على أنه شهر كذا ولكنهما اختلفا في مرور الأجل وحلوله فقال رب السلم مرَّ الأجل وقال المسلم إليه لم يمر فمن أقام منهما البينة قبلت منه وترجح بينة المسلم إليه ان أقام كل منهما بينة وان لم تقم بينة فالقول مع اليمين للمسلم إليه (الأنقروي في السلم، والهندية).

٢٠- إذا كان الاختلاف في مقدار الأجل وفي مروره أو عدمه فالقول في المقدار لرب السلم وفي المرور للمسلم إليه وإذا أقام كل من الطرفين البينة رجحت بينة المسلم إليه. (الهندية في المحل المذكور)

المبحث الثاني

في اقالة السلم

٢١- تكون الإقالة صحيحة إذا كانت قبل قبض المسلم فيه سواء حصلت قبل حلول الأجل أو بعده وسواء كان رأس المال في يد المسلم إليه أولا عيناً كان أو ديناً أي ولو لم يكن شيئاً معيناً بالتعيين لأن (المسلم فيه وان كان ديناً حقيقة فله حكم العين حتى ولا يجوز الإستبدال به قبل قبضه) (الهندية ورد المحتار في الإقالة) وعلى ذلك فإذا كان رأس المال من الأشياء التي تعين بالتعيين فعلى المسلم إليه أن يسلم عينه إلى رب السلم ان كان قائماً ومثله أن كان هالكاً وكان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات. أما إذا كان من الأشياء التي لا تعين بالتعيين فعلى المسلم إليه أن يرد مثله سواء كان قائماً أو هالكاً.

ولا تبطل الإقالة لو تلف رأس المال بعدها وقبل التسليم لأن بقاءه ليس بشرط في صحة إقالة السلم وإنما تلزم قيمته يوم قبضه وإذا قال رب السلم والمسلم فيه في يده فالإقالة صحيحة وعليه أن يرد ذات المسلم فيه إلى المسلم إليه وتجوز الإقالة في بعض المسلم فيه المعين على كل حال. ولكن إذا وقعت الإقالة قبل حلول الأجل واشترط التعجيل في الجزء الذي لم تحصل فيه الإقالة فالشرط المذكور كأنه لم يكن والإقالة صحيحة. (الهندية، ورد المحتار).

٢٢- قبض رأس المال في مجلس الإقالة ليس بشرط في إبقاء إقالة السلم صحيحة.(الهندية).

٢٣- إذا وهب رب السلم المسلم فيه قبل القبض من المسلم إليه أو ابرأه منه فكأنه قد أقال السلم وعلى ذلك فلرب السلم أن يسترد رأس المال كله أو بعضه إذا وهبه البعض.

٢٤- إذا اختلف الطرفان بعد إقالة الثمن في مقدار رأس المال فإن كان رب السلم لم يقبض المسلم فيه فالقول للمسلم إليه وإلا جرى التحالف بينهما. «الهندية».

الفصل الرابع

في بيان الاستصناع

إن الإستصناع وإن كان غير جائز قياساً لأنه بيع معدوم فقد ثبتت مشروعيته بالسنة واجماع الأمة فقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم الخاتم والمنبر.

خلاصة الفصل

١ - قد صار الاستصناع مشروعاً بالسنة وإجماع الأمة.
٢ - يشترط أن يكون العمل والعين في الإستصناع من الصانع.
٣ - يلزم أن يكون الإستصناع في الأشياء المتعامل فيها أما التي لم يجر التعامل فيها فالعقد فيها فاسد ولم تبين لها مدة.
٤ - يلزم في الاستصناع تعريف المصنوع.
٥ - لا يلزم أن تكون النقود سلفاً في الاستصناع.
٦ - الإستصناع بيع وليس بوعد مجرد.
٧ - يبطل الإستصناع بوفاة الصانع والمستصنع.

﴿المادة ٣٨٨﴾ إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع إصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً. مثلاً: لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له إصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني بكذا قرشاً وقبل البائع أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقاً أو سفينة وبين له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد الاستصناع. كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة وقبل صاحب المعمل انعقد الاستصناع.

أي إذا قال شخص لأحد أرباب المصانع إصنع لي الشيء الفلاني الجامع للأوصاف الفلانية بكذا قرشاً وقبل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعاً. فلو أرى المشتري رجله لخفاف وقال له إصنع لي زوجي خف من نوع السختيان الفلاني على أن يكون السختيان منك بكذا قرشاً وقبل البائع أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقاً أو سفينة وبين له طولها وعرضها وأوصافها على أن تكون

مواد البناء كلها من النجار في مقابل مبلغ معين وقبل النجار ذلك انعقد هذا العقد على أنه بيع استصناع والمبيع هو الخف والزورق أو غيره. كذلك لو تقاول مع صاحب معمل على أن يصنع له كذا بندقية كل واحدة بكذا قرشاً وبين الطول والحجم وسائر أوصافها اللازمة على أن يكون الحديد ومواد صنعها من صاحب المعمل وقبل صاحب المعمل انعقد ذلك العقد على أنه استصناع والمبيع هو البندقيات . (الهندية في الباب التاسع عشر من البيوع).

ويشترط في الاستصناع أن يكون العمل والعين كلاهما من الصانع وعليه فلو كانت العين من المستصنع كان العقد إجارة آدمي.(راجع المادة ٣) وقد صرح بذلك استطراداً في المادة (٤٢١). «الهندية في الباب الحادي والثلاثين من كتاب الإجارة».

المبيع في الاستصناع هو العين لا عمل الصانع وعلى ذلك فلو أتى الصانع للمستصنع بخف من صنعه أو من صنع غيره قبل الاستصناع وقبله كان صحيحاً.(الدرر والغرر)

﴿المادة ٣٨٩﴾ كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلماً وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضاً.

أي أن الاستصناع صحيح في كل ما تعومل به عادة وعرفاً كالأواني المعدنية والنحاسية والإخفاف وغيرها من الأشياء سواء ذكر الأجر والمدة أولا .لأن اللفظ في الإستصناع حقيقة فتجب المحافظة عليه (مجمع الأنهر) أي أن هذا العقد ينعقد عند الصاحبين على أنه استصناع لا سلم ولهذا لا تجب فيه مراعاة شروط السلم.وإذا بين الأجل في الأشياء التي تعومل استصناعها حمل على الاستعجال «البحر». أما عند الإمام الأعظم فإذا بين الأجل في الأشياء التي جرى التعامل على استصناعها فقد وجبت مراعاة شروط السلم فيها لانقلاب العقد إلى سلم لأن السلم ثابت بالكتاب والسنة وإجماع الأمة وما أمكن حمل الاستصناع عليه لا يصار إلى غيره. أما الاستصناع فإنما يكون بناء على التعامل في الأشياء التي يجري التعامل فيها (البحر). فالسلم عند الإمام أقوى من الاستصناع. أما في الأشياء التي لم يجر التعامل بها فإذا بينت فيها المدة على وجه الاستمهال كان العقد عقد سلم بالإجماع فيجري فيه كل ما جاء في المادة (٣٦٨) متناً وشرحاً(راجع المادة ٣).لأن الاستصناع يتعذر فيما لا يجري فيه التعامل لأنه لا يكون إلا فيما يتعامل فيه الناس فيلزم جعله سلماً (البحر) أما إذا لم تبين المدة على وجه الاستمهال كأن يقال غداً أو بعده على وجه الاستعجال فلا يكون ذلك سلماً بالإجماع لما جاء في المادة (٣٨٦) من أن الشرط السادس للسلم الأجل ولا سلم إذا لم يكن أجل . (الهندية في التاسع عشر من البيوع).

وقول المجلة (وإذا لم تبين فيه المدة كان العقد من قبيل الإستصناع أيضاً) غير موافق لما جاء في الكتب الفقهية لأن الاستصناع إنما يجري في البلاد التي يكون فيها التعامل به فلا يصح في غيرها وقد صرح بذلك في الملتقى وشرحه والزيلعي والقهستاني وفي الكافي شرح الوافي «وإن ذكر بعض

شارحي المجلة جواز الإستصناع في البلاد التي لم يجر التعامل به نقلاً عن القهستاني فذلك شيء لم يرد فيه»

مسائل خمس في الاستصناع:

١- إذا لم تبين المدة في الأشياء التي جرى التعامل باستصناعها فالعقد عقد استصناع بالإجماع .

٢- إذا كانت المدة المبينة أقل من شهر أي لم تبلغ المدة التي يصح بها السلم والأشياء مما جرى التعامل به على الإستصناع فهو كذلك عقد استصناع بالإجماع.

٣- إذا كانت المدة المبينة في الأشياء التي تستصنع عادة شهراً أو أكثر من شهر فهو عقد استصناع عند الصاحبين وعقد سلم عند الإمام وتؤخذ هذه الأحكام من الفقرة الأولى.

٤- إذا كانت المدة لأقل من شهر أي للأجل الذي يصح به السلم والأشياء مما لم تستصنع عادة فهو سلم بالإجماع كما يؤخذ من الفقرة الثانية.

٥- إذا لم تبين المدة في الأشياء التي لم يجر التعامل بها على وجه الاستصناع فظاهر المجلة أنه عقد استصناع والحق أنه عقد فاسد كما صرحت به الكتب الفقهية.

﴿المادة ٣٩٠﴾ يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق المطلوب.

أي يلزم في الإستصناع وصف المصنوع وصفاً يمنع حدوث أي نزاع لجهالة شيء من أوصافه وتعريفه تعريفاً يتضح به جنسه ونوعه على الوجه المطلوب ولما كان المصنوع بيعاً بموجب المادة (٢٠٠) كان من اللازم العلم به تماماً.«عبد الحليم، ورد المحتار» (راجع المادة ٢٠١).

﴿المادة ٣٩١﴾ لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً أي وقت العقد.

أي لا يلزم فيه تعجيل الدفع وقد بين في المادة (٣٨٧) أن تعجيل دفع الثمن شرط في السلم لا في الاستصناع وعلى كل فكما يكون الاستصناع صحيحاً بالتعجيل يكون صحيحاً بتأجيل بعض الثمن أو كله ويجوز أن يكون الأجل فيه لشهر أو أكثر أو أقل ولا يقاس على السلم.«الدر. والغرر، عبد الحليم، عزمي زاده».

﴿المادة ٣٩٢﴾ إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً.

الاستصناع بيع وليس وعداً مجرداً. « الدر والغرر». فإذا انعقدفليس لأحد العاقدين على رواية

أبي يوسف الرجوع عنه بدون رضاء الآخر راجع المادة (٣٧٥). فيجبر الصانع على عمل الشيء المطلوب وليس له الرجوع عنه.

لأن الذي يبيع مالاً لم يزد له خيار. راجع المادة (٣٣٢) وكذلك ليس للمستصنع أن يرجع عنه لأنه لو جعل له الخيار للحق البائع أضرار لأنه قد لا يرغب في المصنوع أحد غير المستصنع. راجع المادة (٢٠) ليس للصانع بعد عمل المصنوع الامتناع عن تسليمه إلى المستصنع وإذا امتنع الصانع بعدما رآه المستصنع عن تسليمه له أجبر على تسليمه له أما إذا باعه من آخر وقد رآه المستصنع وكان البيع قبل القبول فله ذلك كما جاء في الذخيره البرهانية. وإذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة فإن كان النقص الموجود فيه من قبيل العيب فللمستصنع خيار العيب وان كان من قبيل الوصف فله خيار الوصف ان شاء قبله وأن شاء رده. ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده.

وقال أبو يوسف ليس للمستصنع خيار الرؤية خلافاً لبعض الفقهاء وبما أنه قد قبل في هذه المسألة قول أبي يوسف فلا يكون الخيار الوارد هنا خيار رؤية. ويكون الاستصناع باطلاً بوفاة المستصنع أو الصانع. «الزيلعي، والحموي على الأشباه. قبيل الكفالة».

الفصل الخامس

في بيان أحكام بيع المريض

بما أن لبيع المريض مرض الموت أحكاماً مهمة ومختلفة عن أحكام بيع غير المريض فقد خصص لها فصل مستقل. وقد عرف مرض الموت في المادة (١٥٩٥).

خلاصة الفصل

١ - بيع المريض لوارثه أو شراؤه منه موقوف على الإجازة.

٢ - بيع المريض لغير وارثه صحيح إذا كان بثمن المثل أو كان بمحاباة ، له ثلث ماله يتحملها يفسخ البيع.

٣ - بيع المريض الذي تكون تركته مستغرقة بالديون بنقص عن ثمن المثل موقوف.

﴿المادة ٣٩٣﴾ إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته يعتبر ذلك موقوفاً على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد موت المريض ينفذ البيع وإن لم يجيزوا لا ينفذ.

إذا باع شخص في مرض موته شيئاً من ماله لأحد ورثته أو اشترى منه شيئاً ولو بثمن المثل أو بضعفه فمات بعد ذلك المريض فالبيع أو الشراء موقوف عند أبي حنيفة رحمه الله على إجازة سائر الورثة فإن أجازوا بعد الموت نفذ وإلّا فلا . «الأنقروي في الغبن والمحاباة». أي فإن لم يجيزوه كان منفسخاً وباطلاً راجع المادة الآتية مع (١٥٩٩). أما الإجازة قبل الموت فليس لها حكم لأن حق الإجازة أو الفسخ لا يثبت إلّا بعد الموت فلو باع المريض شيئاً من ماله من أحد أولاد له ثلاثة وأجازه الإثنان الآخران والمريض حي فليس لتلك الإجازة حكم فلهما بعد الموت إجازته أو فسخه.

كذلك لو باعت امرأة دارها المملوكة لها من زوجها وماتت فلورثتها الآخرين ادخال تلك الدار في الميراث.

وعند الصاحبين جائز إذا كان بثمن المثل أو ضعفه. وكذلك الحكم في الشراء فلو اشترى المريض وهو في مرض الموت شيئاً من وارثه بثمن المثل أو بزيادة عنه فالشراء موقوف على اجازة باقي الورثة عند الإمام. أو نافذ عند الصاحبين إلّا أنه قد جاء في بعض الكتب الفقهية أنه إذا

اشترى المريض وهو في مرض الموت مالاً من وارثه بثمن المثل مع معاينة الشهود له واعطاه الثمن فالشراء صحيح بالاتفاق. وعلى ذلك فقوله هنا (إذا باع) احتراز عن الشراء. (الانقروي في الغبن والمحاباة، والتنقيح في البيوع).

ولو باع من له ولد شيئاً من أحد اخوته وهو في مرض موته فتوفي الولد ثم توفي المريض فالبيع غير معتبر لأن الأخ وإن كان مع وجود الابن غير وارث فقد اصبح بعد وفاة المريض وارثاً. أما إذا لم يكن للمريض ولد والمسألة بحالها فولد له ولد فتوفي المريض فالبيع مقيد إذا لم تكن فيه محاباة.

وإذا باع مريض مالاً له من أحد ورثته فأبل من ذلك المرض ثم توفي بعد ذلك كان البيع صحيحاً ولازماً. (الهندية). فقد تحقق بابلاله أن مرضه لم يكن مرض موت. (راجع المادة ١٥٩٧).

﴿المادة ٣٩٤﴾ إذا باع المريض في مرض موته شيئاً لأجنبي بثمن المثل صح بيعه وان باعه بدون ثمن المثل وسلم المبيع كان بيع محاباة يعتبر من ثلث ماله فإن كان الثلث وافياً بها صح وإن كان الثلث لا يفي بها لزم المشتري إكمال ما نقص من ثمن المثل واعطاؤه للورثة فإن أكمل لزم البيع وإلاّ كان للورثة فسخه. مثلاً لو كان شخص لا يملك إلاّ داراً تساوي الفاً وخمسمائة قرش فباع الدار المذكورة في مرض موته لأجنبي غير وارث له بألف قرش وسلمها له ثم مات فبما أن ثلث ماله الذي يفي بما حابى له وهو خمسمائة قرش كان هذا البيع صحيحاً معتبراً وليس للورثة فسخه حينئذ وإذا كان المريض قد باع هذه الدار بخمسمائة قرش وسلمها للمشتري فبما أن ثلث ماله الذي هو خمسمائة قرش يعدل نصف ما حابى به وهو الف قرش فحينئذ للورثة أن يطلبوا من المشتري نصف ما حابى به مورثهم وهو خمسمائة قرش فإن اداها للتركة لم يكن للورثة فسخ البيع وان لم يؤدها كان للورثة الفسخ واسترداد الدار.

إذا باع المريض في مرض موته شيئاً بثمن المثل من أجنبي أي بدون محاباة فالبيع صحيح وليس للورثة بعد الوفاة أن يقولوا اننا لا نعترف بهذا المبيع. (راجع المادة ٣٧٥) (الكفوي في بيع المريض بزيادة).

وإذا لم يكن للمريض مرض موت وإرث ثم صار له وارث في زمن البيع، فبيعه صحيح أيضاً. وقد ذكر ذلك في شرح المادة السابقة.

إذا باع المريض شيئاً بدون ثمن المثل وسلمه لمشتريه كان بيع محاباة فيعتبر من ثلث ماله فان كان

الثلث وافياً بها صح ولزم الورثة «التنقيح في البيوع»، وكذا يصح إذا لم يسلمه للمشتري وتوفي بعد البيع فان عدم التسليم ليس بمانع للصحة. (راجع المادة (٢٦٢).

وإذا لم يكن ثلث المال وافياً بالمحاباة فالبيع موقوف على اجازة الورثة عموماً فإن لم يجيزوا فالمشتري مجبر على إكمال المقدار الذي لم يتسع له الثلث.

وإن أجاز البعض فقط فعلى المشتري إكمال ما يلحق حصص غير المجيز لا غير. وإذا لم يكمل المشتري ذلك النقصان انفسخ البيع وللورثة أن يستردوا المبيع ويردوا إلى المشتري ما أخذ منه من الثمن. «الكفوي». فلو كان شخص لا يملك إلاّ داراً تساوي الفاً وخمسمائة قرش فباعها وهو في مرض موته من انسان ليس بوارث له وتوفي بعد البيع والتسليم، فبيعه صحيح وكذا إذا باعه منه بالف قرش وتوفي وثلث ماله يفي بما حابى وليس للورثة فسخ ذلك البيع. أما إذا باعها بخمسمائة قرش وسلمها فللورثة مطالبة المشتري بابلاغ الثمن إلى الثلثين أي إلى الف قرش لأن المبلغ المحابى به ألف قرش وهو ضعف ثلث المال فإذا أبلغ الثمن إلى ذلك المقدار فليس للورثة فسخ البيع أما إذا لم يرض بذلك فلهم استرداد الدار وادخالها في التركة. «التنقيح في البيوع».

وكذلك الحكم في شراء المريض مرض الموت من أجنبي ولو اشترى انسان مالاً بغبن فاحش على أن له الخيار ومرض مرض الموت فاسقط خياره أو اجاز البيع أو لزمه البيع بمضي مدة الخيار فهو في حكم المحاباة فيعتبر من الثلث كما مر معنا. (الانقروي قبيل مسائل شتى من البيوع).

﴿المادة ٣٩٥﴾ إذا باع شخص في مرض موته ماله بأقل من ثمن المثل ثم مات مديوناً وتركته مستغرقة كان لأصحاب الديون أن يكلفوا المشتري بإبلاغ قيمة ما اشتراه إلى ثمن المثل وإكماله وأدائه للتركة فإن لم يفعل فسخوا البيع.

أي إذا باع انسان في مرض موته ماله من أجنبي بأقل من ثمن المثل أي بغبن فاحش أو يسير ومات وتركته مستغرقة بالديون بأن كان مجموع دينه مساوياً للتركة أو زائداً عنها فللدائنين مطالبة المشتري باكمال الثمن إلى ثمن المثل سواء اجازه الورثة أو لم يجيزوه فإن أكمله فبها وإلاّ فسخ الغرماء البيع واقتسموا المبيع بينهم. فإن اداء الدين مقدم على الوصية ولا حكم لإجازة الورثة عند استغراق التركة بالدين لأن تلك الديون لا تجعل للورثة حقاً في التركة فليس لهم التصرف فيها ببيع أو هبة. وبيع تلك التركة من وظائف القاضي. (الخيرية، الكفوي، التنقيح).

وعليه فبيع الورثة للتركة المستغرقة بدون اذن الحاكم أو الغرماء ليس بنافذ فللحاكم أو الغرماء نقضه أما إذا باعها بثمن غير ذلك فليس للغرماء نقض البيع (راجع المادة (٥٨)).



الفصل السادس

في بيع الوفاء

خلاصة الفصل

١ : البائع والمشتري في البيع بالوفاء مقتدران على الفسخ.
٢ : كون المبيع في بيع الوفاء غير مشاع شرط.
٣ : ليس للبائع والمشتري بيع المبيع وفاء من آخر.
٤ : يجوز أن يشترط في بيع الوفاء أن تكون منافع المبيع للمشتري.
٥ : إذا تلف المبيع وفاء في يد المشتري سقط من الدين بمقداره ولو كان ذلك بدون تعد منه.
٦ : إذا توفي أحد العاقدين للبيع بالوفاء قامت ورثته مقامه.
٧ : يميز المشتري وفاء عن غيره في أخذ المبيع.

﴿المادة ٣٩٦﴾ كما أن البائع وفاء له أن يرد الثمن ويأخذ المبيع كذلك للمشتري أن يرد المبيع ويسترد الثمن.

لا يكون المشتري في البيع بالوفاء مالكاً للمبيع وعليه فللبائع وفاء أن يرد الثمن ويأخذ المبيع وكذلك للمشتري أن يرد المبيع للبائع ويسترد منه الثمن. ولو كان هناك مقاولة خصوصية للزوم البيع في مدة معينة. لأن بيع الوفاء ليس بعقد لازم حتى أن للبائع أن يسلم الثمن للمشتري ويسترد منه المبيع ولو بعد مضي بعض المدة المضروبة ويجبر المشتري على قبول الثمن ورد المبيع لأن المنفعة في هذه المدة حق للبائع وللبائع اسقاط حقه. ولا يجوز له استرداد المبيع بدون رد الثمن. (مشتمل الأحكام في بيع الوفاء، الانقروي قبل الاقالة، والهندية في الباب العشرين، وعلي افندي).

فلو قال المشتري اشتريت منك المبيع الفلاني بكذا قرشاً على أن أرده لك أو أبيعه منك متى ارجعت إلي ثمنه أو اديتني إياه فقال البائع بعته منك على تلك الصورة انعقد البيع بالوفاء وإذا حصل الاتفاق بين الطرفين على أن يكون العقد الذي سيجري بينهما عقد بيع وفاء ثم عقد البيع ولم يصرحا فيه بأنه كذلك فإذا تحقق أنه وقع بعد اتفاق سابق فهو بيع وفاء وإلّا فبيع لازم صحيح. «البزازية في الرابع من البيوع، والخيرية»

وإذا باع انسان داره المملوكة من آخر بغبن فاحش وقال له متى رددت إلي الثمن افسخ البيع فالبيع أيضاً بيع وفاء. راجع المادة (٨٥) متناً وشرحاً. أما إذا كان البيع بثمن المثل أو بغبن يسير ووعد المشتري البائع بفسخه متى رد إليه ثمنه فلا يكون بيع وفاء بل بيعاً باتاً. (التنقيح في البيوع والخيريه).

ويستفاد مما تقدم أنه إذا باع المديون بستانه من دائنه لأجل معلوم بيع وفاء وقال له إذا لم أرد لك الدين في الوقت الفلاني فالبيع بات ولم يرده في ذلك الوقت المضروب فله أخذ بستانه وليس للدائن أن يمتنع عن تسليمه إليه لمجرد عدم رده الدين عليه في الوقت المضروب. (علي افندي في بيع الوفاء). لأن البيع قد انعقد على أنه وفاء فلا يتحول إلى بيع قطعي بلا عقد جديد.

تابع في بعض شروط البيع بالوفاء

يلزم ألاّ يكون المال المباع وفاء مالاً مشاعاً. (عبد الرحيم في الوفاء). فإذا بيعت حصة شائعة في عقار بيع وفاء كان البيع فاسداً سواء كان ذلك العقار قابلاً للقسمة أولاً وسواء وقع البيع للشريك أو لأجنبي، والشيوع الطاريء كالشيوع المقارن فيفسد به البيع ايضاً.

حكم البيع بالوفاء الذي يقع فاسداً كحكم البيع الذي يقع صحيحاً فليس للبائع أي للمدين أن يسترد المبيع ويتصرف فيه ما لم يؤد ما أخذ من المشتري أي الدائن إلاّ إذا كان بيع الوفاء الفاسد سابقاً للدين.

٣ - لا يشترط في صحة البيع بالوفاء أن يعطى شيء للبائع في مقابلة المبيع.

﴿المادة ٣٩٧﴾ ليس للبائع ولا للمشتري بيع مبيع الوفاء لشخص آخر.

ان البيع بالوفاء في حكم الرهن في كل شأن من شؤونه كما في المادة (٣) وعليه فليس لأحد من البائع والمشتري أن يبيع مبيع الوفاء من آخر بدون أذن الآخر،(أنظر المادة ٧٥٦) حتى لو باعه البائع من آخر بيع وفاء أو بيعاً باتاً وسلمه إياه فلا يكون صحيحاً. ولذلك البائع أو وارثه استرداده من المشتري أو من وارثه ويجبر المشتري أو وارثه على رده ولو لم يؤد البائع ثمنه إليه.

ولكل واحد من الطرفين بيعه بإذن الآخر فإذا باع انسان ماله المباع بيع وفاء من آخر بيعاً باتاً واجازه المشتري الوفائي كان جائزاً.

وإذا باعه من آخر ثم من آخر ايضاً نفذ منهما البيع الذي يجيزه المشتري الوفائي.

وكما تكون الاجازة بالقول تكون بالفعل فلو قال البائع الوفائي للمشتري (انني بعت هذا المبيع بيعاً باتاً من آخر فخذ دينك فاخذه المشتري فقد اجاز البيع. (البزازية في الرابع من البيوع، ودر المختار، ورد المحتار).

وللمدين أو الراهن الذي هو البائع تأدية الدين قبل حلول اجله واسترداد المبيع. ليس للمشتري أن يمتنع عن إعادة المبيع متى أخذ ماله كله لأن الأجل حق للمدين فله ابطاله. وليس للدائن طلب الدين المؤجل قبل حلول أجله فلا يقول للمدين أعطني ديني وخذ المبيع، وأما إذا لم يكن الدين مؤجلاً فله ذلك.

﴿المادة ٣٩٨﴾ إذا شرط في الوفاء أن يكون قدر من منافع المبيع للمشتري صح ذلك مثلاً: لو تقاول البائع والمشتري وتراضيا على ان الكرم المبيع بيع وفاء تكون غلته مناصفة بين البائع والمشتري صح ولزم الايفاء بذلك على الوجه المشروح «راجع المادة٨٣»

أما إذا لم تشرط المنافع للمشتري واستهلكها بدون اذن فعليه الضمان لأن المشتري لا يملك ما ينتج من المبيع بيع وفاء.

مثلاً: إذا استهلك المشتري ثمر البستان الذي اشتراه شراء وفاء ولم يبح البائع له ذلك فللبائع أن يضمنه ما أخذ من الثمر متى أداه دينه أما إذا أباح له ذلك فلا ضمان. (راجع المادة (٧٥٠)).

وإذا تلفت الغلة بلا تعد ولا تقصير من المشتري فلا يلزمه الضمان غير ان استهلاك بدل إيجار المبيع وفاء ليس بموجب للضمان. مثلاً لو أجر الطاحون التي اشتراها شراء وفاء بدون أذن البائع واستهلك اجرتها واراد البائع استرداد الطاحون واداء ما عليه للمشتري فليس له أن يضمن المشتري الاجرة وقد فصل ذلك في المادة (٤٤٧) وشرحها (الخيرية، والبزازية، ورد المحتار، والفصولين في ١٨)

﴿المادة ٣٩٩﴾ إذا كانت قيمة المال المبيع بالوفاء مساوية للدين وهلك المال في يد المشتري سقط الدين في مقابلته.

يعني إذا هلك المال في يد المشتري أو اتلفه سقط من الدين بقدر قيمة المال الهالك أو المتلف (أنظر المادة ٧٤١).

فان لم يتلف المال بل طرأ عليه عيب أوجب نقصان قيمته قسمت قيمة الباقي منه على قيمة ما هلك منه. فيسقط الدين الذي يصيب الحصة التي تلفت ويبقى ما يلحق الحصة الباقية منه. (البزازية في الرابع من البيوع، ورد المحتار).

مثلاً: إذا اشترى إنسان داراً قيمتها الف قرش بمائة قرش وفاء وتسلمها فطرأ عليها خراب أنزل قيمتها إلى خمسمائة قرش فيسقط من ذلك الدين خمسون قرشاً.

وقد قيدت القيمة في هذه المادة وفي المادتين الاتيتين بالقيمة يوم القبض لأن سبب الضمان هو القبض فيجب أن تعتبر القيمة وقت القبض.

ويجري الفراغ بالوفاء في مستغلات الوقف أيضاً فلمن يكون له التصرف في الوقف بالاجارتين أن يتفرغ بالوقف بمقابل دينه وفاء باذن المتولي. وإنما لا تجري في هذا أحكام هذه المادة (٣٩٩) والمادتين الآتيتين (٤٠٠ و٤٠١). مثلاً: إذا احترقت المسقفات الموقوفة ذات الاجارتين المتفرغ بها وفاء أو استغلالاً ولو حصل ذلك وهي في يد المتفرغ له فلا يسقط الدين الذي على المتفرغ بل للمتفرغ له المطالبة به ويجري التفرغ بالوفاء أيضاً في الأراضي الأميرية باذن صاحب الأرض والحكم على المنوال السابق في التلف.

﴿المادة ٤٠٠﴾ إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي واخذه من البائع

يعني أنه إذا كانت قيمة المال المبيع يوم القبض ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من الدين قدر قيمته يوم قبضه واسترد المشتري الباقي وأخذه من البائع.

قوله «إذا تلف» أي سواء كان بلا تعد ولا تقصير من المشتري أو كان بتعديه واتلافه. فإذا بيعت دار مملوكة تساوي ثمانمائة قرش بالف قرش بيع وفاء فاحترقت وهي في يد المشتري ولم يبق منها غير عرصتها التي تساوي مائة قرش سقط من الدين سبعمائة قرش وللمشتري أن يستوفي الثلاثمائة الباقية من البائع. (البزازية في الرابع من البيوع والفصولين في ١٨، والملتقى، ومجمع الأنهر في الرهن).

﴿المادة ٤٠١﴾ إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة أن كان هلاكه بالتعدي وأما ان كان بلا تعد فلا يلزم المشتري اداء تلك الزيادة.

أي إذا كانت قيمة المال المبيع وفاء يوم القبض زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين سواء حصل التلف بتعد أو لا. غير أنه إذا تلف بتعدي المشتري فعليه أن يضمن ما زاد عن مقدار الدين. أنظر المادة (٩١٢).

أما إذا تلف بدون تعد ولا تقصير فالزيادة في حكم الامانة فليس على المشتري اداؤها. (راجع المادة (٧٦٨)).

مثلاً: إذا باع إنسان مالاً يساوي الفين ومائة قرش بيعاً وفائياً في مقابل ألف قرش دين عليه وسلمه للمشتري فتلف وهو في يده سقط الألف الدين إلاّ أنه إذا حصل التلف بتعدي المشتري فعليه أن يضمن الالف الأخرى.

فائدة: أن أحكام المواد (٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١) تجري في الرهونات العادية التي بينت في الكتاب الخامس من المجلة وقد جاء ذلك في المادة ١٢٨ من الكتاب المذكور بصورة مجملة وقد فصل في شرح المادة ٧٤١.

﴿المادة ٤٠٢﴾ إذا مات أحد المتبايعين وفاء انتقل حق الفسخ للوارث.

يعني إذا توفي أحد المتبايعين وفاء أو الإثنان معاً انتقل حق الفسخ أي المعاملة الواردة في المادة (٧٩٦) وسائر أحكام بيع الوفاء للوارث، أي يكون للوارث حق الفسخ كما كان للمتوفي. (أنظر المادتين (٧٣٤، ٧٣٩)) «الشرنبلالي قبل كتاب الشفعة».

مثلاً: إذا باع انسان داره الملك بخمسة الاف قرش من آخر بيعاً وفائياً فتوفي المشتري فللورثة استرداد المبلغ الذي دفعه مورثهم ورد الدار لصاحبها.

﴿المادة ٤٠٣﴾ ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء ما لم يستوف المشتري دينه

أي ليس لسائر الغرماء التعرض للمبيع وفاء واخذه واقتسامه بينهم ما لم يستوف المشتري دينه تاماً فإذا بقي شيء رد إلى الغرماء. (أنظر المادة ٧٩٩). مثلاً: إذا باع داره الملك من آخر بمقابل ما استقرضه منه من النقود بيعاً وفائياً وبعد ان سلمها إليه توفي الدائن قبل استيفاء دينه وديونه أكثر من تركته فتباع تلك الدار فيستوفي الدائن كل دينه أولاً ثم إذا بقي شيء لسائر الغرماء.

الاختلاف في ان البيع بات أو وفاء:

اولاً - إذا ادعى أحد الطرفين أن البيع بات وادعى الآخر أنه وفاء فالقول لمدعي البات. لأن الأصل في العقود ان تقع باتة ما لم توجد قرينة وتدل على أنه وفاء كبيع المبيع بنقص فاحش عن غيره ووضع ربح على ثمن المبيع واستئجار البائع المبيع استغلالاً من المشتري وما إلى ذلك فحينئذ يكون القول لمدعي الوفاء.

ثانياً - إذا علم ان المبيع بيع بنقصان في الثمن فالقول لمدعي الوفاء إلّا أنه إذا أراد الطرف الآخر أن يثبت تغير السعر والقيمة بعد البيع فالقول حينئذ لمدعي البيع البات. (رد المحتار قبيل الكفالة، وعلي افندي).

ثالثاً - إذا ادعى أحد الطرفين ان البيع الواقع بيع وفاء وادعى الآخر أنه بيع بات وأقام كل منهما البينة على مدعاه رجحت بينة مدعي الوفاء لأن الوفاء خلاف الظاهر في البيوع وهو الأكثر من جهة الاثبات. (الكفوي في ترجيح البينات). والله سبحانه وتعالى اعلم.

الكتاب الثاني

الإجَارَة

الإجارة

، يشتمل على مقدمة وثمانية ابواب

بعد أن فرغت المجلة من بيان البيع الذي هو تمليك الأعيان بعوض شرعت في بيان الإجارة التي هي تمليك المنافع بعوض وإنما قدمت البيع لأن الأعيان مقدمة على المنافع قدراً وكوناً.

والتمليك نوعان: تمليك العين وتمليك المنفعة. وكلاهما نوعان: تمليك بعوض وتمليك بغير عوض.

فالأول هو تمليك العين بعوض بيع. والثاني هو تمليك العين بلا عوض: هبة أو صدقة أو وصية. والثالث هو تمليك المنفعة بعوض إجارة. والرابع هو تمليك المنفعة بلا عوض إعارة. والحكمة في الإجارة هو دفع الإحتياج العظيم بعوض قليل كانتفاع الفقير بالاستحمام فإن الفقير ينتفع بذلك بصرف نقود قليلة منفعة الغني الذي ينفق للحصول عليها نقوداً كثيرة.

والإجارة ثابتة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة ولكنها مخالفة للقياس لأن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة وهي معدومة. فمقتضى القياس عدم جواز الإجارة ولكن اجيزت للحاجة. وذلك أن الإنسان محتاج إلى منافع أعيان لا قدرة له على ابتياعها إذ ليس كل إنسان يستطيع أن يشتري الدار التي يحتاج إلى سكناها، والحمام الذي يحتاج إلى الاغتسال فيه، والدابة التي تحمل ثقله ومتاعه. لكن يسهل إليه استئجار ذلك وتحصيل منفعته منه. وجواز الإجارة من الأسباب التي يكون بها عمران البلاد ورفاهية العباد وإنك لتجد شركة تنفق ألوف الألوف من الجنيهات في إنشاء السكك الحديدية والسفن فتسهل بذلك للناس التنقل بين البلاد ونقل أموالهم واثقالهم بأجرة تأخذها.

وإن المؤجر لمحتاج إلى الإجارة فهو يؤجر أعيانه، وينتفع بأجرتها، ويستبقيها. والأجير والمستأجركلاهما محتاج إلى الإجارة لأن الفقير محتاج للمال، والغني محتاج للأعمال وبذلك تثبت الحاجة إلى الإجارة التي هي العقد على منافع العمل فلو لم تجز الإجارة لكان في ذلك على الناس ضيق وحرج. (أنظر المادة ١٨). وقد جاء في الكتاب العزيز (إني أريد أن أنكحك إحدى إبنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج) على لسان شعيب عليه السلام وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ما ينسخه ولاسيما إذا ذكر الشرع من غير إنكار وقد جاء في الكتاب العزيز أيضاً (فآتوهن أجورهن) وقوله تعالى (لو شئت لاتخذت عليه أجراً) فهذه الآيات الكريمة تدل على أن الإجارة مشروعة.

وأما السنة فقد ورد في الحديث الشريف(اعط الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) و (من استأجر أجيراً فليعطه أجره) فالأمر باعطاء الأجرة دليل على صحة الإجارة.

وأما إجماع الأمة فقد انعقد في كل عصر على صحة الإجارة.(الهداية) و(زيلعي). والإجارات جمع إجارة وإنما وردت بصيغة الجمع لا باعتبار الأنواع لأنها تنقسم إلى سبعة أقسام فهي أنواع عدة.

المقدمة

في الإصطلاحات الفقهية المتعلقة بالإجارة

إن المواد المذكورة في هذه المقدمة ليست مشتملة على أحكام وإنما قصد منها إفهام معاني بعض الألفاظ التي سترد في الفصول الآتية.

﴿المادة ٤٠٤﴾ الأجرة الكراء أي بدل المنفعة والإيجار المكاراة والإستئجار الإكتراء

وبعبارة أخرى الأجرة هي العوض الذي يعطى مقابل منفعة الأعيان أو منفعة الآدمي. مثلاً: إذا استؤجر بيت أو خادم بمائة قرش فالمبلغ هو الأجرة وقد عرف في هذه المادة الأجرة أولاً والإيجار ثانياً والإستئجار ثالثاً فالأول اسم والثاني مصدر قائم بالمؤجر والثالث مصدر قائم بالمستأجر.

﴿المادة ٤٠٥﴾ الإجارة في اللغة بمعنى الأجرة وقد استعملت في معنى الإيجار أيضاً وفي اصطلاح الفقهاء بمعنى بيع المنفعة المعلومة في مقابلة عوض معلوم.

الإجارة بكسر الهمزة على المشهور وحكي ضمها وفتحها فهي مثلثة الهمزة.

وللإجارة معنيان: الأول: المعنى اللغوي وهو الأجرة، والثاني: المعنى المستعملة فيه وهو الإيجار والأول مسبب عن الثاني لأن الإيجار سبب للأجرة. فعلى هذا يكون استعمال لفظة الإجارة بمعنى (الإيجار) مجازاً لغوياً.

وبيان معنى الإجارة في اللغة والإستطراد إليه مع أن عنوان البحث قاصر على الإصطلاحات الفقهية لإيضاح المناسبة في نقلها من المعنى اللغوي إلى المعنى الإصطلاحي، و(البدل) في الإجارة كما سيتضح في المادة ٤٦٣ يكون (١) عيناً (٢) ديناً (٣) منفعة من غير جنس المعقود عليه. وبما أن العمل معدود من المنفعة حسب المادة ٤٢٠ و٤٢١ فهذا التعريف يكون مشتملاً على نوعي الإجارة المذكورين في المادة ٤٢١.

توضيح القيود:

يجب أن تكون المنفعة التي يعقد عليها في الإجارة مقصودة في الشرع ونظر العقلاء فلو

استأجر إنسان حصاناً ليربطه أمام داره أو ليجنبه أو استأجر ثياباً ليضعها في بيته ليظن الناس أن له حصاناً أو ثياباً نفيسة ليراها الناس ويظهر بها بمظهر الأغنياء فالإجارة فاسدة ولا تجب الأجرة فيها لأنها منفعة غير مقصودة من العين في الشرع ونظر العقلاء. ولا يكفي لصحة الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة للمستأجر بل لا بد أن يكون فيها منفعة مقصودة في الشرع ونظر العقلاء والإجارة وان كانت تجب باستعمال المأجور في الإجارة الفاسدة إلا أنه لابد لذلك من أن تكون تلك الإجارة معقودة على ما فيه منفعة مقصودة، فاستئجار التفاح للشم والحلي لوضعها في محل منظور من البيت فاسد إلا أنه يجوز استعارة الحلي للتزين بها وهذا مما تختلف به الإعارة عن الإجارة فالإعارة فيه جائزة والإجارة فاسدة.

ولا بد أن تكون المنفعة قابلة للبدل وبهذا القيد تخرج المنافع المقصودة من النكاح فإن منافع النكاح (وهي منافع البضع) التي يقع عليها النكاح ليست إجارة بل تسمى نكاحاً(الباجوري). حتى أن الإجارة يجب أن تعقد على مدة موقتة أي أن التوقيت في الإجارة لازم بعكس النكاح فلا يجوز فيه التوقيت. (تكملة الفتح . مجمع الأنهر)

وبقول المجلة(المنفعة) اشارت إلى أنه لو استأجر إنسان خياطاً ليخيط له من ثوب قباء على أن يكون قماش الكمين منه فالإجارة فاسدة وكذلك لو استأجر إنسان بناء ليبني له داراً على أن تكون لوازم البناء منه لأن الإجارة ليست بيع عين (البحر). وسيجيء في شرح المادة ٢٦٢ مزيد إيضاح لهذه المسألة .

قوله (معلومة): العلم بالمنفعة يكون تارة ببيان المدة كما في استئجار الدور للسكنى والأراضي للزرع كما جاء في أول الكتاب. وتارة يكون بالتسمية كاستئجار صباغ أو خياط لصبغ ثوب أو خياطته. وتارة يكون بالتعيين والإشارة وذلك كاستئجار رجل لنقل حمل يدل عليه الرجل إلى محل مشار إليه وسيأتي تفصيل ذلك في المواد ٤٥٢و ٤٥٥و ٤٥٦.

وتعرف الإجارة بثلاثة تعاريف : ـ

الأول تعريف المجلة وهو غير صحيح لتقييد كل من المنفعة والعوض بكونه معلوماً فتكون الإجارة فاسدة فيما إذا كان أحدهما مجهولاً وتخرج بذلك الإجارة التي هي موضوع البحث في المواد (٤٥٠و٤٥١و ٤٦٠) مع انها داخلة.

ويدخل في هذا التعريف أيضاً الإجارة الفاسدة للشيوع الأصلي بحكم المادة ٤٢٩ فإذا اعتبرنا أن الإجارة المعرفة هنا هي الصحيحة فإن الإجارة الفاسدة للشيوع الأصلي المار ذكرها وللشرط الفاسد تدخل في هذا التعريف فيكون غير مانع لا غياره.

وإذا اعتبرنا أن المعرف ههنا الأعم من الصحيحة والفاسدة فإنه يخرج منه تلك الإجارات المندرجة تحته ومن ذلك الإجارة الفاسدة بجهل البدل أو المنفعة فيكون التعريف غير جامع لافراده

(الدرر. مجمع الأنهر). وإنما اختارت المجلة هذا التعريف لأن بعض أئمة الحنفية عرفوا به الإجارة (شرنبلالي).

التعريف الثاني: بيع المنفعة بعوض (تنوير) وهذا التعريف غير سالم من الاعتراض لأنه وإن كان يشمل الإجارة صحيحة والفاسدة بجهالة البدل أو المنفعة فلا يشمل الفاسدة بوقوعها بلا بدل فهو غير جامع.

التعريف الثالث: بيع المنفعة الخالية من الشيوع الأصلي والشرط المفسد بعوض معلوم وهذا التعريف أيضاً فيه بعض الضعف لأنه ليس بجامع إذ أن الشيوع الأصلي لا يفسد الإجارة إذا كان الإيجار للشريك .

والأجوبة عن الاعتراضات الواردة على التعاريف تؤخذ من الإيضاحات الآتية:

قوله (عوض) أما الإجارة التي تكون بلا عوض ففاسدة على قول وإعارة على قول آخر.وذلك كما لو قال إنسان لآخر آجرتك داري هذه أو آجرتك منفعة داري هذه بلا عوض شهرين فقبل الآخر فالإجارة فاسدة في هذه الصورة، فاسدة على قول وليست بإعارة وعلى قول آخر تنعقد إعارة (راجع المادة ٣).

فإذا اعتبرنا الإجارة بلا بدل عارية اصبح التعريف الثاني سالماً من الاعتراض وتكون الإجارة حينئذ هي بيع المنفعة بعوض والإجارة بلا بدل ليست إلا عارية وقد ذهب بعض العلماء إلى أنه كما يجوز التعريف بالمساوي يجوز بالأعم وتعريف المجلة من هذا النوع.(الباجوري. الدر المنتقي. البحر. رد المحتار. تكملة الفتح. مجمع الأنهر. درر. الخانية. الهداية).

﴿المادة ٤٠٦﴾ الإجارة اللازمة هي الإجارة الصحيحة العارية عن خيار العيب وخيار الشرط وخيار الرؤية وليس لأحد الطرفين فسخها بلا عذر.

وقد جاء في شرح المادة ٤٤١ والمادة ١١٤ أنه ليس لأحد الطرفين فسخها بلا عذر وذلك حكم الإجارة الصحيحة أما الإجارة الفاسدة فلكل واحد من المتعاقدين أن يفسخها كما أن لكل من المتبايعين فسخ البيع الفاسد (أنظر شرح مادتي ٣٦١و ٤٤٣) وكذلك إذا كان لأحد المتعاقدين عذر فله أن يفسخها أيضاً وسيأتي في المادة ٤٤٣ شيء من الإيضاح.

وقد اختلف الأئمة في الإجارة فذهب مالك والشافعي وأحمد إلى أنه ليس لأحد الطرفين فسخ الإجارة الصحيحة لأنها من العقود اللازمة لكلا الطرفين ما لم يكن موجب للفسخ مما تفسخ به العقود اللازمة لوجود عيب في العين المأجورة.

أما أئمة الحنفية فقد ذهبوا إلى أن الإجارة إنما تفسخ لوجود عذر كافلاس مستأجر دكان أو سرقة ماله وغصبه(ميزان الشعراني) (أنظر سرح المادة ٤٤٣).

الإجارة اللازمة: هي مقابلة للإجارة غير اللازمة فإذا كان في الإجارة أحد الخيارات التي مر ذكرها يقال لها إجارة غير لازمة.(أنظر المادة ١١٥) (الهندية).

وهنا يرد سؤال وهو أن الإجارة تنعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة لأن المنفعة لما كانت معدومة لم تجر إضافة العقد إليها وعلى ذلك فالمعدوم ليس بمحل للعقد.والمراد من انعقاد العلة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع هو عمل العلة ونفاذها في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الإيجاب والقبول كل ساعة(البحر).وعلى ذلك يجب أن يكون المستأجر قادراً على الرجوع في الساعة الثانية لكن لو استأجر إنسان داراً شهراً فليس له فسخ الإجارة بلا عذر قبل تمام الشهر فما الوجه في ذلك؟

والجواب أن المستأجر الذي هو سبب المنفعة اقيم مقام المنفعة نفسها.واقامة السبب مقام المسبب معهودة في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل، وأثر العقد من حيث الملك والإستحقاق يترتب على حصوله وان كان الحكم قابلاً للتراخي كالبيع بشرط الخيار أي عين المستأجر في عقد الإجارة تقام مقام المنفعة لصحة الإيجاب والقبول لأن الملكية تمتد حتى حدوث المنفعة (الشبلي والبحر).

﴿المادة ٤٠٧﴾ الإجارة المنجزة هي إيجار اعتباراً من وقت العقد.

هذه الإجارة مقابلة للإجارة المضافة، وهو كإيجار دار إلى أجل بكذا قرشاً اعتباراً من وقت العقد (أنظر المادة ٤٨٥و ٤٨٦).وإذا لم يبين مبدأ العقد في الإجارة تنصرف إلى الإجارة المنجزة.وعلى هذا فللإجارة المنجزة صورتان:

الأولى: أن يعين مبدأ الإجارة وقت العقد.

والثانية :إلاّ يبين مبدأ الإجارة وقت العقد،كقولك آجرتك هذه الدار سنة.و(منجزة) بتشديد الجيم اسم مفعول من التنجيز.

﴿المادة ٤٠٨﴾ الإجارة المضافة إيجار معتبر من وقت معين مستقبل مثلاً لو استؤجرت دار بكذا نقوداً لكذا مدة اعتباراً من أول الشهر الفلاني الآتي تنعقد حال كونها اجارة مضافة.

راجع المادة ٤٤٠ شرع المادة ٨٢ (الدر المختار في ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه).

وكذلك لو آجر من رجل داره من غرة محرم شهراً كاملاً وآجرها من آخر غيره من غرة صفر مدة في الوقت عينه فالاجارة الأولى منجزة والثانية مضافة وعلى ذلك فتسلم الدار إلى المستأجر الأول إلى إنتهاء محرم ثم تسلم إلى المستأجر الثاني (الهندية الباب الثالث. التنقيح).ويؤخذ من هذه المادة

,التي قبلها أن الاجارة باعتبار الابتداء قسمان: (١) منجزة و(٢) مضافة. وههنا نوع آخر للاجارة يدرك بالعقل وهو الاجارة المعلقة، وذلك كقولك لشخص إذا رجع زيد من سفرته آجرتك داري هذه بكذا قرشاً ولكن لأن تعليق التمليك على شيء باطل والاجارة بمنزلة تمليك المنفعة وايجارها قد صرف النظر عن هذا شرعاً (انظر المادة ٤٤٠ و٨٢). (في البيع فيما يبطل بشرط فاسد) والاجارتان المنجزة والمضافة كما تكونان لازمتين تكونان غير لازمتين. ولذلك قد لا تعتبران قسمين ومقابلين للاجارة اللازمة من كل وجه.

﴿المادة ٤٠٩﴾ الآجر هو الذي أعطى المأجور بالاجارة ويقال له أيضاً المكاري بضم الميم ومؤجر بكسر الجيم.

أما قول البعض مؤجراً فخطأ وقبيح[١] (زيلعي). أما خطؤه فلان (آجر) من باب افعل لا فاعل وأما قبحه فلأنه يستعمل في موضع القبح (شبلي).

والاكتفاء بذكر واحد من هذه الألفاظ الثلاثة المصطلح عليها خير من التطويل ولا داعي لذكرها جميعها.

﴿المادة ٤١٠﴾ المستأجر بكسر الجيم هو الذي استأجر

المستأجر بضم الميم وكسر الجيم اسم فاعل وهو الذي يستأجر مالاً أو أجيراً ويقال للآجر والمستأجر طرفان كما جاء في المادة ٤٦ فالذي يستأجر دكاناً بمائة قرش أو يستأجر خادماً يقال له مستأجر.

﴿المادة ٤١١﴾ المأجور هو الشيء الذي أعطى بالكراء ويقال له المؤجر والمستأجر بفتح الجيم فيهما.

كما يقال للمعطي بالكراء مأجور يقال له مؤجر ومستأجر بفتح الجيم فيهما بصيغة اسم مفعول والمأجور: اسم مفعول من أجر يأجر مِن باب ضرب يضرب (الزيلعي). وعلى ذلك الحانوت الذي مر ذكره في شرح المادة السابقة (مأجور ومؤجر ومستأجر) ولما كانت كلمتا مؤجر ومستأجر تلتبسان رسماً بكلمة (مؤجر) الوارد في المادة ٤٠٩ وكلمة (مستأجر) الواردة في المادة السابقة وكان في ازالة

---

(١) أصل هذا القول للزمخشري في الأساس حيث قال فيه (وآجرني فلان داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤجراً فإنه خطأ وقبيح وليس آجر هذا فاعل ولكن افعل. وعنه آخذ الفقهاء هذا وذلك ان اسم الفاعل من افعل مفعل مثل مكرم من أكرم أما مؤجراً فهو اسم فاعل من آجره مؤاجرة بوزن فاعل لأن اسم الفاعل من فاعل مفاعل مثل كاتب فهو مكاتب وليس (آجر) في باب الإجارة بوزن فاعل بل بوزن أفعل فيكون استعمال مؤجر خطأ وأما قبحه فلأنه يطلق على الغلام الفاسد واستعماله بهذا الاطلاق مولد).

الالتباس تطويل رأينا الاقتصار على كلمة (مأجور) وهي مطابقة لها كل المطابقة في المواد الآتية جميعها ولا سيما ان المجلة لم تستعملها في هذه المواد أيضاً.

﴿المادة ٤١٢﴾ المستأجر فيه بفتح الجيم هو المال الذي سلمه المستأجر للأجير لأجل إيفاء العمل الذي التزمه بعقد الإجارة كالثياب الذي أعطيت للخياط أن يخيطها والحمولة التي أعطيت للحمال لينقلها.

المستأجر فيه بضم الجيم اسم مفعول ويطلق أيضاً على ما يحدث فيه العمل أما الساعة التي تدفع إلى من يصنع لها غلافاً والصوان (البقجة) الذي يرسل الثوب فيه إلى الخياط ليقطعه جبة فلا يعدان مستأجراً فيهما (التنقيح). لأن عمل الأجير ليس في الساعة نفسها ولا في الصوان بل في غلاف الساعة وصوان الثوب.

﴿المادة ٤١٣﴾ الأجير هو الذي آجر نفسه.

وهو على نوعين كما جاء في المادة ٤٢٢ الآتية كالخادم والنجار وغيرهما من العمال.

﴿المادة ٤١٤﴾ اجر المثل هو الأجرة التي قدرتها أهل الخبرة السالمين عن الغرض.

يعين أجر المثل على أربع صور: الصورة الأولى تعينه بتقدير أرباب الخبرة الخالين عن الغرض.

وكيفية ذلك أن ينتخب اثنان مثلاً من أهل الخبرة الخالين عن الغرض فيقدران الأجرة التي يستحقها مثيل ذلك المال أو ذلك الرجل في عمله مع المدة الذي استؤجر فيها. ولما كانت إجارة المنفعة تزاد على الأعيان أيضاً ينبغي أن ينظر في تقدير أجر المثل إلّا شيئين:

(١) إلى المنفعة المعادلة لمنفعة المأجور.

(٢) إلى زمان الإجارة ومكانها.

وكذلك يلزم إذا كانت الإجارة واردة على العمل أن ينظر إلى شيئين:

(١) إلى شخص مماثل للأجير في ذلك العمل.

(٢) إلى زمان الإجارة ومكانها.

لأن الأجرة تختلف باختلاف الأعمال والأزمنة والأماكن (رد المحتار. في الإجارة الفاسدة).

ففي إجارة الأجير الفاسدة مثلاً يستحق الأجير عندامّامه العمل الأجرة المعروفة بين أهل ذلك العمل ويعين أجر المثل من جنس الدراهم والدنانير لا من جنس الأجر المسمى. فالإجارة التي سمي أجرها من الحنطة مثلاً إذا لزم أجر المثل فيها بفسادها يقدر من الذهب والفضة لا من الحنطة. هذا إذا اتفق أهل الخبرة على مقدار أجر المثل، أما إذا اختلفوا وقدروا تقديراً متفاوتاً فيؤخذ وسط ما قدروه. كما لو قدر بعضهم أجر المثل اثني عشر قرشاً وبعضهم قدره عشرة وبعضهم احد عشر فحق الأجير حينئذ احد عشر.

قوله (السالمين من الغرض) يشترط الا يكون للخبير غرض ليصح الأخذ بقوله والعمل برأيه (أنظر المادة ١٧٠٠). (كفوى).

وهذا التقدير المبين في هذه المادة ليس من قبيل الشهادة الشرعية فلا يشترط فيه ألفاظ الشهادة كما لا يشترط عند الشيخين نصابها.

أما محمد فقد اشترط نصاب الشهادة في ذلك وليس في هذه المادة إشارة إلى اختيار أحد المذهبين.

ونذكر ههنا بعض المسائل التي يعمل فيها برأى أهل الخبرة:

المسألة الأولى: فيما إذا أجر متولي الوقف، أو وصي اليتيم مال الوقف أو مال اليتيم، وادعى المستأجران في هذا الإيجار غبناً فاحشاً ففي هذه الدعوى وامثالها لا يحكم بالصحة ما لم يرجع إلى اراء أهل الخبرة ويصدقوا بالغبن الفاحش حسب الدعوى. فحينئذ تفسخ الإجارة (راجع شرح المادة ٤٤١). إذا باع وصي اليتيم مالاً له بمبلغ معلوم من آخر فادعى الغبن الفاحش في بيعه، وطلب استرداد المبيع من المشتري بناء على بطلان البيع بحكم المادة (٣٥٦).

فيسأل حينئذ أهل الخبرة ويعمل بقولهم وتقديرهم فإن كان هنالك غبن فسخ البيع وإلا فلا. وليس لفظ الشهادة شرطاً في قول أهل الخبرة واخبارهم.

الصورة الثانية تعيينه باقرار المدعى عليه وهذا ظاهر كما لو ادعى المدعي أن أجر المثل عشرة دنانير مثلاً وصدقه المدعي عليه في ذلك.

الصورة الثالثة: تعيينه بالشهادة الشرعية وذلك كما لو اختلف الطرفان على مقدار أجر المثل فادعى الأجير أنه ديناران وادعى المستأجر أن لا يتجاوز الدينار. ولا يكتفي هنا في أخبار أهل الخبرة بغير الشهادة لأن اخبارهم هذا شهادة فيجب مراعاة سائر شروط الشهادة فيه التى منها التلفظ بالشهادة. (أنظر المادة ١٦٧٥ وما يتلوها).

فإذا اقام كلا الطرفين شهوداً على مقدار ما ادعاه من أجر المثل، رجحت بيّنة مدعي الزيادة. (أنظر المادة ١٧٦٢).

الصورة الرابعة: تعيينه باليمين وذلك فيما إذا لم يتمكن صاحب المال من إقامة بينة الشهادة على ما يدعيه لما له من مقدار أجر المثل فيتوجه اليمين حينئذ على المستأجر على عدم الزيادة. مثال ذلك أن يدعي صاحب المال أن أجر المثل لماله مائة قرش، ويقول المستأجر إنه خمسون غرشاً ويعجز رب المال عن إقامته البينة على دعواه، فيتوجه اليمين على المستأجر أن أجر المثل لا يجتاز الخمسين قرشاً التي ادعى أنها أجر المثل. (أنظر المادة ٧).

ولو طلب بعض الناس حينئذ استئجار المال المذكور بخمسمائة قرش، فلا يعتبر ذلك أجر مثل للمال المذكور لأن ذلك المبلغ إنما هو أجر مسمى.

والأجر المسمى كما يكون زائداً عن أجر المثل يكون ناقصاً. «الخيرية في الإجارة. علي افندي الاشباه في أجر المثل. الحموي».

وعلى ذلك لا يثبت أجر المثل للخادم بالشهادة المعطاة له من مخدومه السابق أن أجرته كذا قرشاً. وللدكان بالشهادة المعطاة لصاحبها من نقابة الطبقة التي ينتسب إليها المستأجر السابق. ولا اعتبار للأجر المسمى من مستأجر الدكان مطلقاً ولا يتخذ دليلاً على أجر المثل.

﴿المادة ٤١٥﴾ الأجر المسمى هو الأجرة التي ذكرت وتعينت حين العقد .

أي هو الأجرة التي تعينت بين المتعاقدين حين العقد كما لو آجر إنسان حانوتاً من آخر بمائة قرش. فالمائة القرش الأجر المسمى.

وللأجر المسمى ثلاث أحوال:

(١) أن يكون مساوياً لأجر المثل.

(٢) أن يكون زائداً على أجر المثل.

(٣) أن يكون ناقصاً عن أجر المثل.

فلو كان مال اجر مثله مائة وأوجر بمائة فالأجر المسمى في هذه الصورة مساو لأجر المثل. فلو أوجر بمائة وخمسين فالأجر المسمى زائد عن أجر المثل خمسين. ولو أوجر بخمسين فأجره المسمى ناقص خمسين.

ولذلك لا يكفي لإثبات أجر المثل لمال ما أنه مائة بمجرد استئجاره بذلك المبلغ، بل لا بد في إثباته من الاعتبارات التي تقدم إيضاحها في المادة السابقة «الخيرية». ومن ذلك كله يتبين أن بين الأجر المسمى وأجر المثل عموماً وخصوصاً وجهياً.

هذا وأن الأجر المسمى في حكم الثمن المسمى في المادة ١٥٣، وأجر المثل في حكم القيمة المذكورة في المادة ١٥٤ وعلى ذلك فلو قدمت هذه المادة على المادة ٤١٤ لكان أنسب لسياق الكلام.

﴿المادة ٤١٦﴾ الضمان هو اعطاء مثل الشيء ان كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات .

أي في الغصب والإتلاف. فإذا اتلف إنسان كيلة حنطة لآخر فاعطاه مثلها أو حصاناً فاعطاه قيمته يوم إتلافه فيقال لذلك «ضمان».«أنظر شرح المادة ٨٩١».

وقد عرف المثلي في المادة ١٤٥ والقيمي في المادة ١٤٦ ويقبل في التقويم قول الواحد من العدول «أشباه في القضاء والشهادات والدعاوي».

فلو أتلف إنسان مال آخر وادعى صاحب المال أن ماله يساوي مائة قرش،فأنكر المتلف ذلك وزعم أنه يساوي خمسين قرشاً فيقبل تقويم عدل واحد لذلك المال ويعمل بقبوله.إلا أنه قد جاء في البحر عن البزازية «أنه يحتاج إلى تقويم عدلين لمعرفة النقصان فيحتاج إلى الفرق ثم استثني من التقويم نصاب السرقة فلا بد من اثنين. حموي».

﴿المادة ٤١٧﴾ المعد للإستغلال هو الشيء الذي أعد وعين على أن يعطى بالكراء كالخان والدار والحمام والدكان من العقارات التي بنيت واشتريت على أن تؤجر وكذا كروسات الكراء ودواب المكارين وإيجار الشيء ثلاث سنين على التوالي دليل على كونه معداً للإستغلال.والشيء الذي انشأه أحد لنفسه يصير معداً للإستغلال بإعلامه الناس بكونه معداً للإستغلال.

يؤخذ من ذلك أن الأشياء المعدة للإستغلال ليست قاصرة على العقارات فقط كما ذهب إليه بل من الحيوانات والمنقولات ما يكون معداً للإستغلال.وقد جرت المجلة على هذا القول.(أنظر المادة ٥٩٦).وعلى هذه المادة يلزم المثل في الحيوانات والعقارات أيضاً.

وقوله (إن إيجار الشيء ثلاث سنين على التوالي دليل على كونه معداً للإستغلال) ليس على اطلاقه فإنه إذا توفي صاحب ذلك الشيء أو باعه من آخر بطل كونه معداً للإستغلال ما لم يكن المشتري اشتراه على أن يكون كذلك ويبقى من قبيل ما أخذ ليعد للإستغلال.في الفقرة السابقة مثال ذلك:لو آجر إنسان ماله ثلاث سنوات اعتبر ذلك بالنسبة إليه معداً للإستغلال.فإذا باعه من آخر بعد مضي الثلاث السنوات أو توفي فلا يبقى ذلك المال معداً للإستغلال. فإذا أعده المشتري للإستغلال ثلاث سنوات أخرى على التوالي يعتبر كذلك بالنسبة إليه.أما إيجاره سنة أو سنتين فلا يعتبر به معداً للإستغلال.وأنما يعتبر كذلك بعد مضي ثلاث سنوات متوالية مأجوراً فيها.والمراد من السنة هنا كما في مرور الزمن.السنة العربية لا الشمسية.لأن السنة إذا اطلقت انصرفت إلى السنة العربية في العرف الشرعي لكن إذا كان لإنسان أرض لا يقوم هو على زراعتها بنفسه في قرية اعتاد أهلها استئجار أراضي الغير للزراعة،فإن أرضه تعتبر معدة للإستغلال فإذا زرعها أحد فلصاحبها مطالبة هذا الزارع بالأجرة المتعارفة.(أنظر المادة ٥٩٦). (رد المختار. بزازية).

أما المال الذي أنشأه صاحبه لنفسه فشرط إلزام مستعمله بأجر المثل العلم بأنه معد للإستغلال.ولذلك قال المتن (والشيء الذي أنشأه أحد لنفسه يصير معداً للإستغلال باعلامه الناس

بكونه معداً للإستغلال).وسيجيء في المادة (٥٩٥) تفصيل لهذه المسألة.

إن بين المال المعد للإستغلال وغير المعد فرقاً من وجهين:

الأول: من حيث الذات وقد بين في هذه المادة، الثاني: من حيث الحكم وسيبين ذلك في المادة(٥٩٦).

﴿المادة ٤١٨﴾ المسترضع هو الذي التزم ظئراً بالأجرة.

المسترضع الميم وكسر الضاد اسم فاعل من استرضع ويقال للظئر مرضعه قال تعالى (يوم ترونها تذهل كل مرضعة عما ارضعت) الآية.

﴿المادة ٤١٩﴾ المهايأة عبارة عن تقسيم المنافع كاعطاء القرار على انتفاع أحد الشريكين سنة والآخر أخرى مناوبة في الدار المشتركة مناصفة مثلاً.

المهايأة من باب المفاعلة وهي لغة إتفاق أشخاص على أمر ما شرعاً فهو كما مر معنا في المتن وكما يجوز قراءة هذه الكلمة بالهمزة كما مر آنفاً يجوز قراءتها على لغة بقلب الهمزة الفاً (مهاياة).

فإذا كان دار مشتركة بين اثنين مناصفة مثلاً يعطى القرار إما رضاء أو قضاء بأن يسكن كل من الإثنين الدار سنة أو ستة أشهر أو أكثر أو أقل وأن يكون لكل منهما إيجارها مثل تلك المدة ويقال لذلك (مهايأة زمن) وسيأتي ذكرها في المادة ١١٧٦ . (رد المحتار في القسمة) . ومع أن المهايأة قد ذكرت في المادة (٤٢٩) من كتاب الإجارة وعرفت في هذه المادة فقد جاء تعريفها في المادة (١١٧٤) وبحث فيها المواد التالية.

الباب الأول

في بيان الضوابط العمومية

خلاصة الباب الأول:

الضوابط جمع ضابطة أنظر شرح المقالة الثانية.

١- يعقد في الإجارة على العين ابتداء وعلى المنفعة إنتهاء.فإذا عقدت الإجارة إنتهاء على العين فلا تكون الإجارة صحيحة.

٢- الإجارة باعتبار المعقود عليه على نوعين:

٣- الأجير على نوعين أجير خاص وأجير مشترك .

٤- إجارة الأجير المشترك تكون على نوعين.

الأول: أن يقيد فيها الأجير بعدم العمل لغير المستأجر.

الثاني: أن تعقد على العمل من غير تحديد مدة لإنجازه .

٥- الأجير الخاص نوعان:

أجير واحد وأجير غير واحد.

٦- بين الأجير الخاص والأجير المشترك فرق من ثلاثة أوجه:(١) من حيث الذات.(٢) من حيث الأحكام. (٣) من حيث الفروع.

﴿المادة ٤٢٠﴾ المعقود عليه في الإجارة هي المنفعة.

أي المعقود عليه والمبيع في أي نوع من أنواع الإجارة هي المنفعة ولما كانت المنفعة حين العقد معدومة وإضافة العقد إلى ما سيحدث في المستقبل لا تصح فالقياس ألا تكون الإجارة جائزة حسب المادة (٢٠٥) لكنها جوزت للحاجة والضرورة.(أنظر المادة ٢٣ وشرحها).(الهندية. الزيلعي) وقد أول الكتاب البحث في الإحتياج.

ومنافع الأعيان التي تقع عليها الإجارة ابتداء تسمى مأجوراً والشخص الذي يترتب عليه العمل يسمي أجيراً.(أنظر شرح المادة ٤٣٤).

وقد جيء بهذه المادة توطئه للمادة الآتية ويستخرج منها هذه القاعدة:(تجوز إجارة كل مال

قابل للإنتفاع به مع بقاء عينه).وقد ذكر في المادة (٤٠٥) بعض المسائل في فساد الإجارة التي لا تقع على المنفعة.توضيح الإجارة:

المنفعة: فالإجارة التي يقصد منها استهلاك العين باطلة.(خيرية).

مسائل متفرعة على ذلك:ـ

(١) إستئجار البحيرة لصيد السمك أو سقي المزرعة والبستان أو البيارة على أن ترعى فيه الدواب أو يقطع منه الخشب والشجر والإنتفاع بثمره.والأرض على أن يعمل منها اللبن والآجر غير صحيح وقد جاء في (البزازية) استأجر أرضاً ليلبن فيها فالإجارة فاسدة وان كان للتراب قيمة ضمن قيمة التراب واللبن له لأنه غاصب وان لم يكن للتراب قيمة فلا شيء عليه واللبن له وان نقصت الأرض ضمن نقصانها ويدخل أجر مثل الأرض في نقصانها وإلا فلا شيء عليه.

مثال: إذا آجر أهل قرية أرضاً غير مراعيهم القديمة من أناس ليرعوا فيها مواشيهم فالإجارة غير صحيحة.

وإذا أنفق المستأجر في البستان الذي استأجره فلا يأخذ ما أنفق جبراً أي بحكم الحاكم ولكن لا يليق بالآجر أن يضيعه عليه.

(٢) استئجار الدراهم للصرف والمكيلات والموزونات للأكل وأشجار التوت لأخذ ورقها والمالح لأخذ الملح غير صحيح.(أنظر شرح المادة ٤٠٥).

(٣) استئجار الغنم لجز صوفها غير صحيح وإذا جزها المستأجر فعليه دفع بدلها لصاحبها.

(٤) استئجار البقرة على أن ينتفع بلبنها غير جائز.(خيرية. النتيجة. التنقيح).

ومقتضى ذلك ألا يجوز استئجار المرضع الذي نصت المادة (٥٦٢) على جوازه لأن الإجارة في ذلك يقصد منها استهلاك عين اللبن فصار كاستئجار البقرة والشاة للبنها والبستان لأكل ثمره لكن جوز ذلك استحساناً لاحتياج الناس إليه وجريان التعامل عليه ودليله قوله تعالى (فأن ارضعن لكم فآتوهن أجورهن) وقد انعقد الإجماع في ذلك وجرى التعامل به.

قوله (استهلاك العين قصداً) لأنه إذا آجر المرعى لوضع الحيوانات فيه وأباح المؤجر للمستأجر رعي الحيوانات فيه فالإجارة صحيحة. وكذلك لو أوجر قصر البستان وابيحت نواتجه للمستأجر.

﴿المادة ٤٢١﴾ الإجارة باعتبار المعقود عليه على نوعين:النوع الأول عقد الإجارة الوارد على منافع الأعيان ويقال للشيء المؤجر عين المأجور وعين المستأجر أيضاً وهذا النوع ينقسم إلى ثلاثة أقسام.القسم الأول:إجارة العقار كإيجار الدور والأراضي. القسم الثاني:إجارة العروض كإيجار الملابس والأواني القسم الثالث

إجارة الدواب. النوع الثاني: عقد الإجارة الوارد على العمل. وهنا يقال للمأجور أجير كاستئجار الخدمة والعملة واستئجار ارباب الحرف والصنائع هو من هذا القبيل. حيث أن اعطاء السلعة للخياط مثلاً ليخيط ثوباً يصير إجارة على العمل كما أن تقطيع الثوب على أن السلعة من عند الخياط استصناع.

ومع أن المكيلات والموزونات من العروض أيضاً فلم يأت ذكرها وذلك أن هذه الأشياء إذا استؤجرت على أن تستهلك فإجارتها غير جائزة. ولو أوجر شيء من الموزونات على أن ينتفع باستعماله مع بقاء عينه، فالإجارة وان كانت صحيحة إلا أنها من قبيل إجارة العروض.

أما القسم الثالث من أنواع الإجارة: إجارة الحيوانات، كإيجار الحصان والبغل والجمل والثور وغيرها فيأتي البحث عنه في المادة (٥٣٨) وما يتلوها من المواد.

وأما النوع الثاني فهو عقد الإجارة الوارد على عمل الإنسان والإنتفاع به. (أنظر المادة ٤١٣).

لا يقال إنه قد جاء في المادة السابقة (المنفعة هي العقود عليها في الإجارة) فيكون في تقسيم هذه المادة إلى إجارة واردة على منافع الأعيان وإلى أخرى واردة على العمل - تقسيم الشيء إلى نفسه وإلى غيره لأن معنى هذا التقسيم أن الإجارة ترد أحياناً على منفعة الأعيان وأحياناً ترد على منفعة الأدمي (تكملة الفتح). فمثلاً يفهم من قول المادة (٤٥٥): (تكون المنفعة معلومة) أن الإجارة الواردة على العمل ترد أيضاً على المنفعة.

هذا ولما كانت الإجارة لا ترد على استهلاك العين، فقطع قباء على أن يكون الثوب من الخياط ليس بإجارة خصوصية. (أنظر شرح المادة ٤٠٥). قوله (حرف) جمع حرفة و (صنائع) جمع صنعة وكلتاهما بمعنى واحد.

أما قوله (كما أن تقطيع الثوب على أن السلعة من الخياط استصناع فقد جاء استطراداً ولما كان الأنسب أن يذكر في مسائل الإستصناع فقد بحث فيه في شرح المادة (٣٨٨). (الهندية. في الباب الحادي والثلاثين وفي الباب الأول).

وسيبين في الفصول الأول والثاني والثالث والرابع من الباب السادس من هذا الكتاب أقسام نوعي الإجارة هذين وأحكامها ان شاء الله تعالى.

﴿المادة ٤٢٢﴾ الأجير على قسمين: القسم الأول هو الأجير الخاص الذي استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط كالخادم الموظف. القسم الثاني هو الأجير المشترك الذي ليس بمقيد بشرط ألا يعمل لغير المستأجر كالحمال والدلال والخياط والساعاتي والصائغ واصحاب كروسات الكراء واصحاب الزوارق الذين هم يكارون في الشوارع والجوال مثلاً فإن كلا من هؤلاء أجير مشترك لا يختص بشخص

واحد وله أن يعمل لكل أحد. لكنه لو إستؤجر أحد هؤلاء على أن يعمل للمستأجر إلى وقت معين يكون أجيراً خاصاً في مدة ذلك الوقت. وكذلك لو استؤجر حمال أو ذو كروسة أو ذو زورق إلى محل معين بشرط أن يكون مخصوصاً بالمستأجر وأن لا يعمل لغيره فإنه أجير خاص إلى أن يصل إلى ذلك المحل.

ولا فرق بين أن يكون المستأجر للأجير الخاص واحداً أو أكثر(رد المحتار). وعلى هذا فهذا التعريف يشمل الأجير الخاص بقسميه المذكورين في المادة (٤٢٣). ويؤخذ من هذا التعريف أن الأجير الخاص لا يمكنه أن يعمل عملاً لغير المستأجر قبل انقضاء المدة التي استؤجر فيها لأن الإنتفاع بعمله في تلك المدة للمستأجر ولا يجوز تمليك المنافع العائدة إليه لغيره. فلو عمل الأجير الخاص بإنسان عملاً لغيره فقصر في عمل مستأجره الأول لاشتغاله بعمل المستأجر الثاني في المدة المستأجر فيها للأول خاصة فللمستأجر الأول أن ينقص من أجر الأجير بقدر تقصيره في عمله كما لو استأجر إنسان ظئراً مدة فأجرت نفسها من آخر بدون علم منه في خلال تلك المدة التي استأجرها فيها لكن قامت بإرضاع ولدي المستأجرين،أتم القيام فلها الأجرة من المستأجرين كاملة بخلاف ما لو غابت عن أحدهما باشتغالها بالآخر فللأول نقص أجرة الأيام التي انقطعت فيها عن إرضاع ابنه كما أن له فسخ الإجارة عند العلم بإيجار الظئر نفسها من الآخر.

أما القسم الثاني وهو الأجير المشترك فاستئجاره على ضربين :

الأول: أن يستأجر على أن يعمل للمستأجر من غير أن يقيد بعدم العمل لغيره. وفي هذه الحال له أن يقتصر على العمل لمستأجره وله أن يعمل لغيره وعلى ذلك فهو أجير مشترك ما دام غير مقيد بعدم العمل لغير المستأجر سواء عمل أم لم يعمل.

الثاني: أن يستأجر لعمل ما من غير توقيت لهذا العمل فهذا أجير مشترك أيضاً. وعلى هذا فالإجارة بدون ذكر المدة صحيحة وذلك كاستئجار إنسان لنقل حمل إلى مكان وخياط لقطع قميص أما الإجارة على المدة من غير بيان نوع العمل فغير صحيحة. أما لو استأجر إنسان خياطاً على أن يخيط له قميصاً في بيته بدون تعيين المدة فهو أجير مشترك سواء عمل لغير ذلك الإنسان أم لم يعمل.

وكذلك لو استأجر إنسان آخر ليرعى له غنمه بمبلغ كذا في كل شهر فهذا الأجير مشترك وذلك إذا لم يقيده بعدم رعي أغنام الغير. (الهندية في الباب الثامن والعشرين. رد المحتار. **أنقروي، الزيلعي في باب ضمان الأجير. التكملة).**

لكن إذا صرح في الإجارة بكون الأجير أجيراً خاصاً طوال المدة التي استؤجر فيها فهو أجير خاص لأنه لما حصرت منافع الأجير في المستأجر فقد امتنع أن تكون لغيره في الوقت عينه. كما لو ستأجر إنسان عربة معدة للكراء مع سائقها يوماً كاملاً لنفسه خاصة، فالعربة أجير خاص طوال

اليوم وكذلك لو استأجر إنسان راعياً مدة معينة بعوض معلوم لرعي أغنامه،على ألا يرعى لغيره فذلك الراعي أجير خاص طوال المدة التي استؤجر فيها.

وبين الأجير الخاص والمشترك فرق من وجهين:الأول:من حيث الأحكام وسيأتي بيان ذلك في المادة ٤٢٤و ٤٢٥،وفي شرح المادة ٤٢٥،وفي الفصل الثالث من الباب الثالث من هذا الكتاب .

الفرق الثاني:من حيث الذات ويتضح ذلك بضابطين:

الأول: إذا كان العقد على العمل بدون تعيين الوقت،فالأجير مشترك،وقد مر بيان ذلك في الضرب الثاني.

ويكون العقد على العمل على ثلاثة أوجه:

وذلك أنه إما أن يذكر العمل وحده في العقد أو يجمع بينه وبين المدة أو الأجرة،وفي هذه الأوجه الثلاثة يكون الأجير أجيراً مشتركاً.ففي الوجه الأول يذكر العمل فقط،وفي الاثنين الآخرين تعقد الإجارة بذكر العمل الذي هو ركن العقد في الأول.وكيفية ذلك أنه في الوجه الأول يذكر العمل فقط وذلك كما ذهبت إلى نجار وطلبت منه عمل خزانة،وفي الوجه الثاني يذكر العمل ثم المدة ثم الأجرة وهذه الإجارة جائزة عند الصاحبين والمعقود عليه فيها العمل لأنه هو المقصود والعمل هنا معلوم وذكر المدة لم يقصد منه إيراد عقد الإجارة معطوفاً عليها وإنما للإسراع في إنجاز العمل المقاول عليه فكأن المستأجر يستأجر الأجير ليعمل له واستأجره لأجله في أول وقت يتمكن من اتمامه وإنجازه فيه وعلى هذا التقدير فالأجير هنا أجير مشترك أيضاً.

وإلا فليست المدة هي المعقود عليها حتى يكون الأجير هنا أجيراً خاصاً وذلك كما لو استأجر إنسان آخر ليصبغ له رداء في يوم معين بكذا قرشاً فقال له اصبغ هذا الرداء اليوم أو في هذا اليوم إلى المساء بكذا قرشاً.ففي هذا المثال الصبغ العمل واليوم هو المدة و(كذا قرشاً) الأجرة.

فالصباغ إذا أتم صبغ الرداء في ذلك اليوم عند الظهر،فله الأجرة كاملة كما لو أتمه في اليوم الثاني،فإن له الأجرة كاملة.

وقد ذهب الإمام الأعظم إلى فساد الإجارة في مثل هذا الوجه (لأن المعقود عليه مجهول.لأن ذكر الوقت يوجب كون المعقود عليه هو المنفعة وذكر العمل يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لأحدهما على الآخر.فنفع المستأجر في وقوعها على العمل لأنه لا يستحق الأجر إلا بالعمل لكونه أجيراً مشتركاً ونفع الأجير في وقوعها على المنفعة لأنه يستحق الأجرة بمضي المدة عمل أو لم يعمل ففسد العقد) (الزيلعي).

وفي الوجه الثالث يذكر العمل أولاً ثم الأجرة ثم المدة وعلى ذلك فالمعقود عليه هو العمل أيضاً.فالأجير مشترك أيضاً والإجارة في هذا الوجه صحيحة بالإتفاق لأن العقد يتم بذكر الأجرة وذكر الوقت.بعد ذلك إنما هو للتعجيل وليس لإيقاع العقد عليه وذلك كما لو استأجر إنسان آخر

لرعي غنمه المعلومة مدة شهر بمائة قرش ويشترط في هذا أن يشفع المستأجر كلامه هذا بما يدل على أن الأجير المذكور خاص به.

الضابط الثاني: حيثما كان المعقود عليه المدة فالأجير خاص وفي هذا أيضاً أربعة أوجه:

الوجه الأول:أن تذكر المدة فقط.

الوجهان الثاني والثالث:أن تذكر المدة والعمل فتذكر المدة أولاً ثم العمل وعلى الكيفية هذه يجري عقد الإجارة.

مثال الوجه الأول: ذكر المدة وحدها كقولك استأجر مدة شهر وهذه الإجارة تكون فاسدة لأن العمل لم يذكر فيها.

مثال الوجه الثاني أن تعقد الإجارة بذكر المدة أولاً ثم العمل ثم الأجرة. وهذه الإجارة صحيحة عند الصاحبين والمعقود عليه فيها المدة والأجير أجير خاص. إلا أنه يشترط أن يذكر المستأجر في كلامه ما يدل على أن الأجير المذكور أجير خاص كاستئجارك حمالاً لنقل حمل معلوم إلى محل معلوم بكذا قرشاً أو استئجارك إنساناً لرعي غنمك شهراً بمائة قرش.

الوجه الثالث: أن يذكر فيه المدة أولاً ثم الأجرة ثم العمل وعلى ذلك فالمعقود عليه هي المدة والأجير خاص فهذه الإجارة صحيحة بالإتفاق لأن العقد صار تاماً بذكر الأجرة ثم العمل ومستند إلى قصد إتمام العمل بالمدة المبينه.وذلك كاستئجار راع على أن يرعى غنماً معلومة شهراً بقدر معلوم ويكون الأجير ههنا أجيراً خاصاً إلا إذا أضاف المستأجر إلى كلامه ما يدل على كون الأجير مشتركاً كأن يقول: ارع غنمي وغنم غيري.

الوجه الرابع: أن تذكر المدة مع إيقاع عقد الإجارة عليها. فالاجارة في هذا الوجه صحيحة وان لم يبين العمل وتكون واقعة على المدة ويكون الأجير خاصاً. وذلك كاستئجار رجل للنجارة في دار يوماً معيناً لأنه لما لم يبين مقدار العمل فإيقاع العقد على العمل غير جائز فيقع على المدة وذكر (النجارة) لبيان نوع العمل فقط.(الهندية، تكملة البحر، الزيلعي).

﴿المادة ٤٢٣﴾ كما جاز أن يكون مستأجر الأجير الخاص شخصاً واحداً كذلك يجوز أن يكون الأشخاص المتعددة الذين هم في حكم شخص واحد مستأجري أجير خاص- بناء عليه لو استأجر أهل قرية راعياً على أن يكون مخصوصاً بهم بعقد واحد، يكون الراعي أجيراً خاصاً ولكن لو جوزوا أن يرعى دواب غيرهم كان حينئذ ذلك الراعي أجيراً مشتركاً.

وقد عد الأشخاص المتعددون في حكم الشخص الواحد بالعقد الواحد الذي عقدوه ويدل على ذلك التفاريع الآتية:ـ

وكذلك لو استأجر رجلان أو ثلاثة رجلاً لرعي غنم لهما أو لهم خاصة،كان أجيراً خاصاً. (الدر المختار).

ولا يلزم النص على التخصيص لاعتبار الأجير خاصاً .بل عدم ذكر التعميم كاف في ذلك، وعلى ذلك فالقصد من قول هذه المادة (مخصوصاً) عدم ذكر التعميم ليس غير،سواء أذكر التخصيص أم لم يذكر.

أما إذا ذكر التعميم بأن صرح في استئجار الأجير الخاص بحكم الأجير المشترك فيكون حينئذ أجيراً مشتركاً.وذلك كما لو اباح أهل القرية أو الرجلان أو الثلاثة للراعي رعي غنم غيرهم فإن الراعي يكون أجيراً مشتركاً.

ويؤخذ من ذلك كله أن الأجير لا يكون خاصاً أو مشتركاً بحسب مستأجره.فكما يكون الأجير خاصاً أو مشتركاً إذا كان المستأجر واحداً يكون كذلك إذا كان المستأجر متعدداً حسب عقد الإجارة ويؤخذ أيضاً من التعريف الوارد هنا أن للأجير المشترك أن يعمل لغير واحد فالخياط مثلاً كما يجوز له أن يعمل قميصاً لزيد يجوز أن يعمل غيره لعمرو ولبكر ولخالد وغيرهم ولا يمنع التزامه العمل لإنسان أن يلتزم العمل لسواه لأن المعقود عليه بالنسبة إلى الأجير المشترك هو العمل أو بعبارة أوضح أثره.وعلى هذا فلا تعد منافع الأجير ملكاً لإنسان ما.

أما الأجير الخاص فليس له أن يلتزم عملاً لغير مستأجره أو مستأجريه في المدة التي استؤجر فيها لأن منافعه في هذه المدة لمستأجره أو مستأجريه فلا يمكنه تمليكها في عين الوقت لغيرهم.ويقال للأجير الخاص الذي استأجره واحد (أجير وحد) ولا يقال ذلك لمن استأجره إثنان أو أكثر فكل (أجير وحد) أجير خاص.وليس كل أجير خاص أجيراً واحداً. (رد المحتار).وذلك خلافاً لما جاء في البزازية.

﴿المادة ٤٢٤﴾ الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا بالعمل.

أي لا يستحق الأجرة إلا بعمل ما استأجر لعمله لأن الإجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما.فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض.والمعقود عليه هو العمل أو أثره على ما بينا فلا بد من العمل.(زيلعي. رد المحتار).فمتى اوفى العامل العمل استحقت الأجرة.(أنظر المادة ٤٦٩ وشرحها).

وعلى ذلك لا تستحق الأجرة في الأعمال التي يكون لها أثر كالخياطة إلا بالفراغ من العمل وتسليم المعقود عليه للمستأجر.أما في الأعمال التي لا يكون لها أثر ظاهر كحمل الحمل فتستحق الأجرة فيها بالفراغ من العمل.(أنظر المادة ٤٧٥ وشرحها).

فالأجير المشترك لا يستحق الأجرة بمجرد استعداده كالأجير الخاص،ما لم يقم بعمل ما استأجر

له وإنجازه ومهما مضى من الزمن وهو حاضر للعمل فلا يستحق شيئاً من الأجرة.كما لو استأجر إنسان خياطاً ليصنع له قباء فما لم يعمله لا يستحق أجرة.

اختلاف الطرفين في أداء العمل: إذا اختلف الطرفان المستأجر والأجير في أداء العمل وعدمه فالقول للمستأجر مع يمينه والبينة على الأجير لأن الأجير يدعي أداء العمل والمستأجر ينكر ذلك (تنقيح فتاوي ابن نجيم (رد المحتار)).

فلو ادعى الأجير أداء العمل وطلب الأجرة وانكر المستأجر،فالقول للمستأجر وعليه حلف اليمين والبينة على الأجير.(أنظر المادة ٧٦).

﴿المادة ٤٢٥﴾ الأجير يستحق الأجرة إذا كان في مدة الإجارة حاضراً للعمل ولا يشرط عمله بالفعل ولكن ليس له أن يمتنع عن العمل وإذا امتنع لا يستحق الأجرة.

ومعنى كونه حاضراً للعمل أن يسلم نفسه للعمل ويكون قادراً وفي حال تمكنه من إيفاء ذلك العمل .

أما الأجير الذي يسلم نفسه بعض المدة،فيستحق من الأجرة ما يلحق ذلك البعض من الأجرة.(أنظر المادة ٤٧٠).مثال ذلك كما لو آجر إنسان نفسه من آخر ليخدمه سنة على اجر معين فخدمه ستة اشهر ثم ترك خدمته وسافر إلى بلاد أخرى ثم عاد بعد تمام السنة وطلب من مخدومه أجر ستة الأشهر التي خدمه فيها فله ذلك وليس لمخدومه أن يمنعه منها بحجة أنه لم يقض المدة التي استأجره ليخدمه فيها.(البهجة).وإنما لا يشترط عمل الأجير الخاص بالفعل كما ورد في هذه المادة لأنه لما كانت منافع الأجير مدة الإجارة مستحقة للمستأجر وتلك المنافع قد تهيئت والأجرة مقابل المنافع،فالمستأجر إذا قصر في استعمال الأجير ولم يكن للأجير مانع حسي عن العمل كمرض ومطر فللأجير أخذ الأجرة ولو لم يعمل (الزيلعي).

وعلى ذلك فللراعي الذي استؤجر على أن يكون أجيراً خاصاً أخذ الأجرة تامة ما دام حاضراً للعمل ولو هلك بعض المواشي أو كلها(رد المحتار).

صورة تقسيم الأجرة بين الأجراء المتعددين: ـ

تقسيم الأجرة على الرؤوس إذا كان الأجراء متعددين: فلو استأجر إنسان خمسة رجال لحفر بئر بخمسين قرشاً فالأجرة تقسم بينهم بالتساوي ولو كان عمل أحدهم أكثر من عمل الآخر منهم فيكون لكل واحد عشرة قروش يومياً فإذا مرض أحدهم ينظر فإن كانوا قد قبلوا العمل مشتركين فلا تسقط أجرة المريض بل يأخذها كاملة. أنظر المادة(٣٨٩). أما إذا لم يكونوا قد قبلوا العمل مشتركين فتسقط أجرة المريض ويفهم من ذلك أن أجرته لا تضم إلى شركائه في العمل لأنهم لما قاموا بعمله دون إذن من صاحب المال فهم متبرعون إلا أن من المستحسن أن يعطيهم إياها.

وكذلك لو استأجر إنسان بغلين أدهم واشهب ليحمل عليهما ٢٠ كيلة حنطة، فيجب أن يحمل عشرة على الأشهب وعشرة على الأدهم فإذا حمل أحدهما زيادة عن الآخر تقسم الأجرة عليهما حسب أجر المثل لكل منهما. لأن التفاوت بين الدابتين تفاوت فاحش يختلف الأجر بمثله والتفاوت بين الأجزاء في عمل واحد تفاوت يسير فلا يعتبر. (هندية الباب الثامن عشر).

وتظهر ثمرة هذا الحكم فيما إذا كان الدابتان لرجلين ولمعرفة ما يجب من الأجر المسمى لكل من البغلين ننظر إلى أجر مثل البغل الأدهم كم يبلغ بالنسبة إلى أجر مثل البغلين وعلى هذه النسبة يكون أجره من الأجر المسمى. مثال ذلك أن يكون أجر المثل: المجموع مائة، والأجر المسمى خمسين وأجر مثل البغل الأدهم خمسة وعشرين وإذ أن الخمسة والعشرين هي ربع المائة، وهي أجر المثل فربع الأجر المسمى (١٥،٥) أجر الأدهم من الأجر المسمى.

مجموع أجر المثل ١٠٠
مجموع الأجر المسمى ٥٠
أجر مثل البغل الأدهم على حدة ٢٥= $\frac{١}{٢}$ ١٢
مثال ثان: مجموع أجر المثل ٢٠٠
مجموع الأجر المسمى ٨٠
أجر مثل البغل الأدهم ٤٠= $\frac{٢}{٣}$ ١٠
(أنظر شرح المادة ١٧٧)

أما الأجير الخاص إذا امتنع عن تسليم نفسه مدة الإجارة لصيرورته عاجزاً عن العمل، فلا يستحق الأجرة.

فلو استأجر إنسان بناء ليبني له داراً فمنعه عن ذلك المطر فليس له أجرة لأنه لم يسلم نفسه للعمل. كما أن الخادم الذي استؤجر سنة إذا مرض شهراً فليس له أجر ذلك الشهر. (البهجة. مجمع الأنهر).

والأجير الخاص مجبر على رعي نتاج ما يرعاها أيضاً بخلاف الأجير المشترك فليس عليه ذلك (أنظر شرح المادة السابقة) وهذا من وجوه الفرق بينهما أيضاً فتكون أوجه الفرق ثلاثة(١) من حيث الماهية.(٢) من حيث الحكم.(٣) من حيث رعي النتاج.

وللمستأجر زيادة عدد الأغنام إلى حد يستطيع الراعي القيام معه بالرعي لأن المستحق عليه الرعي بقدر ما يطيق لارعي الأغنام بعينها (تكملة البحر). ولكن ليس للمستأجر زيادتها إلى المقدار الذي يتعذر عليه رعيها (البزازية. رد المحتار).

﴿المادة ٤٢٦﴾ من استحق منفعة معينة بعقد الإجارة له أن يستوفي عينها أو مثلها أو ما دونها ولكن ليس له أن يستوفي ما فوقها مثلاً لو استأجر الحداد

حانوتاً على أن يعمل له فيه ان يعمل فيه صنعة مساوية في المضرة لصنعة الحداد ولكن ليس لمن استأجر حانوتاً للعطارة أن يعمل فيه صنعة الحداد.

يعني أن المنفعة المشروطة في العقد لمن استحقها أن يستوفيها (١) بعينها. (٢) بمثلها أي بما يساويها مضرة. (٣) بما دونها مضرة لأن التعيين في العقود إنما يكون معتبراً في الصورة التي يكون فيها فائدة. أما إذا لم تكن فائدة فلا يكون التعيين معتبراً (الشبلي).

وعلى ذلك فالاستيفاء لازم مع الأجر المسمى. إلا أنه ليس للمستأجر أن يتجاوز إلى ما فوق المنفعة المذكورة أي إلى أكبر من المنفعة وليس له استيفاء المنفعة التي يكون ضررها على المأجور أشد لأن المؤجر إذا رضي بشيء يكون راضياً عادة ودلالة بإستيفاء ما دونه أو ما يساويه ولكن لا يكون راضياً بما هو أعظم منه ضرراً. (تكملة البحر، رد المحتار).

إن مادة ٥٥٩ ومادة ٦٠٥ فرعان لهذه المادة. وللتجاوز إلى ما فوق ما هو مصرح به ثلاثة أحكام:

الأول: لزوم الضمان لمن يتجاوز فيتلف المأجور وفي هذه الحال لا تلزم الأجرة (أنظر المادة ٨٦)(رد المحتار).

الثاني: أجر المثل في بعض المواضع وذلك فيما إذا جاوز المستأجر ما فوق المنفعة وعمل ما لم يؤذن به ثم سلم المأجور سالماً لم يحدث فيه أدنى خلل ولا أقل ضرر.

الثالث: فيما إذا كان التجاوز غصباً فلا تلزم الأجرة إلا إذا كان في مال معد للاستغلال أو مال يتيم أو وقف أو مال بيت المال فإذا كان المال لواحد من هؤلاء،لزم أجر المثل.وسيتضح ذلك بالتفصيلات الآتية في هذه المادة والتي بعدها وضابط هذه المادة مرعي في الأبنية والأراضي والحيوان وإيضاح ذلك فيما يأتي:

اختلاف المنفعة في تحميل الدابة على وجهين: -

الوجه الأول: يكون بالثقل والعدول إلى الأخف في هذا جائز كتحميل عدل شعير بدلاً من عدل حنطة.أما العدول من الخفيف إلى الثقيل كتحميل عدل حنطة بدلاً من عدل شعير فغير جائز

الوجه الثاني: يكون بالجنس لا بالثقل وذاك كتحميل مائة اقة من الحديد أو أقل مكان مائة اقة من القطن أو إركابك رجلاً مثلك زنة دابة استأجرتها لتركبها أنت.وفي هذا الوجه الضمان لازم لأن الحديد يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيؤذيها بخلاف القطن فإنه منبسط فليس فيه ضرر على الدابة.وكذلك الركاب يختلفون في اقتدارهم على الركوب وحذقهم فيه حتى ان الراكب الذي يجهل طرق الركوب وان كان خفيفاً ليكون أشد وطئاً على الدابة من ثقيل الجثة الذي يعلم طرق الركوب.

مراعاتها في الأبنية:

مثال ذلك: يستأجر حداد حانوتاً على أن يعمل فيه،فله أن يعمل فيه (١) بصناعته (٢)

بصناعة أخرى تماثلها مضرة.(٣) بصناعة أخف منها ضرراً كالعطارة وله أن يؤجرها من آخر سواء أكان مسلماً أو غير مسلم أجنبياً أو غيره.(الزيلعي، الشبلي).

وبين المثال والممثل له ترتيب في نشره ولفه.

مراعاتها في الدواب: وذلك كما لو استأجر إنسان دابة على أن يحملها خمس كيلات حنطة له فله أن يحملها مثلها لغيره لأن الضرر على الدابة واحد.(الشبلي).وكذلك له أن يحملها خمس كيلات سمسماً(الشبلي).

وكذلك الطاحون الذي تستأجر على أن يطحن بها حنطة فللمستأجر أن يطحن بها ما يماثل الحنطة من الحبوب مضرة أو أهون منها.وليس له أن يطحن بها ما يزيد عنها مضرة.فإذا فعل كان غاصباً.وكذلك لو استأجر إنسان داراً ليسكنها فكما يجوز له سكناها يجوز له اسكان غيره إياها.وله أيضاً أن يضع فيها أمتعته من غير أن يسكنها وليس للآجر معارضته في ذلك البتة.

قوله (على أن يسكنها) الخ الوارد في المثال هو مثال مختص بالفقرة المشار إليها برقم ثلاثة من هذه المادة.

وكذلك لمن استأجر دابة على أن يحملها خمس كيلات حنطة أن يحملها مكانها خمس كيلات شعيراً لأن الشعير أخف من الحنطة.وفي هذه الصورة لا يلزم إلا الأجر المسمى.(البزازية- في النوع الأول في السادس في الضمان، تكملة البحر).

أما لو استأجر إنسان حانوتاً على أن يشتغل فيه بالعطارة فليس له أن يشتغل فيه أو في الدار التي استأجرها للسكن بالحدادة أو العطارة.وإذا اشتغل بذلك يعد غاصباً ويضمن فيما لو احترق الحانوت.(أنظر شرح الفصل الذي يلي المادة ٩٠٤) وكذلك ليس له اتخاذ الدار أو الحانوت المذكورين طاحوناً سواء أكانت تدور بالماء أم بالبغال.أما طاحون اليد فإذا كان نصبها بالنظر إلى يدها مضراً بالدار فيمنع وإلا فلا.لأن طاحون اليد من توابع السكنى. وقد استحسن في تلك الدار أو الحانوت التي اشتغل فيها المستأجر بالحدادة وسلمها سالمة ألا يلزم بغير الأجر المسمى.ووجه الإستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة واخواتها السكنى وزيادة فيحصل استيفاء المعقود عليه فيجب عليه الأجر بشرط السلامة.فصار كما لو استأجر دابة ليحمل عليها قدراً معلوماً فزاد عليه وسلمت الدابة فإنه يجب عليه الأجر والقياس ألا يجب لأن هذا العمل غير داخل تحت العقد (البحر).

أما إذا لم يسلمها سالمة وانهدم البناء بسبب عمله فيلزمه الضمان.وفي هذه الصورة لا يلزم المستأجر الأجرة.(أنظر المادة ٨٦) (البحر)

وقوله (أما العطارة) الخ مثال لفقرة (ولكن ليس له أن يستوفي ما فوقها) الخ.

وكذلك ليس للمستأجر الذي يستأجر الدابة على أن يحملها خمس كيلات شعيراً أن يحملها

مكانها حنطة أو على أن يحملها خمسين اقة حنطة،أن يحملها خمسين اقة حديداً أو آجراً لأن الشعير لما كان يتناول من الدابة مكاناً أوسع مما تتناول الحنطة منها والحديد فيكون حمله أخف على الدابة.

وكذلك الدابة التي تستأجر على أن تحمل خمسين اقة قطناً لأن القطن لما كان يشغل من ظهر الدابة مكاناً أوسع من الحنطة،فإنه يزيدها حرارة مما يضر بها.(تكملة البحر، الزيلعي).(أنظر شرح المادة ٥٥٩).

مراعاتها في الأرض: لو استأجر إنسان أرضاً على أن يزرعها نوعاً من الحبوب فليس له أن يزرعها إلا من ذلك النوع أو ما يماثله في الإضرار بالأرض أو أخف ضرراً.لأن هذه المخالفة لا ضرر فيها فلا يعد المستأجر بها غاصباً ويلزمه الأجر المسمى وليس له أن يزرعها مما هو أشد ضرراً على الأرض مما استأجرها لزرعه.فإذا فعل يعد غاصباً فيلزمه ضمان نقصان الأرض جميعه دون الأجرة.ما لم يكن واحداً ممن ذكر في المادة ٥٩٦ (أنظر المادة ٩٠٧).

حتى ان من يستأجر أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها برسيما أو قثاء أو بطيخاً أو باذنجاناً يكون ضامناً لنقصان الأرض ولا تلزمه الأجرة حينئذ.لأن هذه المزروعات لما كانت كثيرة العروق ومنتشرة في الأرض كثيراً فإنها تمتص من مائها وموادها كثيراً فيصيبها من ذلك ضرر عظيم وفي هذه الصورة مع اختلاف الجنس قد حصل تجنب الضرر.

مثال ذلك: إذا كان واحداً ممن ذكر في المادة المذكورة ٥٩٦ يلزمه أجر المثل.وكذلك إذا استأجر إنسان أرضاً سنة على أن يزرعها نوعاً من الحبوب وزرعها من ذلك فلم ينبت ما زرعه أو اصابته جائحه ولم يبق وقت لإعادة زرعها فللمستأجر أن يزرع الأرض نوعاً آخر يماثله ضرراً أو يقل عنه وليس له أن يزرعها مما هو أعظم ضرراً.وقد يجوز أن يرد الأرض إلى صاحبها ويؤديه أجر المدة التي انقضت والأرض في يده.(الأنقروي، رد المحتار، الشبلي، الهندية في الباب الخامس عشر).

الإختلاف في نوع المنفعة: هو أن يقول المستأجر للمؤجر استأجرت حانوتك على أن اشتغل فيها بالحدادة فيقول المؤجر آجرتها منك على أن تشتغل فيها بالعطارة.أو بعبارة أخرى إذا ادعى المستأجر نوعاً من المنفعة وادعى المؤجر منفعة غيرها فالقول قول المؤجر مع يمينه.كما لو أنكر المؤجر أصل العقد فالقول له أيضاً والبينة على المستأجر لأن بينة المستأجر لإثبات الزيادة.(رد المحتار، التنقيح، تكملة البحر).

﴿المادة ٤٢٧﴾ كل ما اختلف باختلاف المستعملين يعتبر فيه التقييد مثلاً لو استكرى أحد لركوبه دابة ليس له أن يركبها غيره.

أي ليس للمستأجر تجاوز القيد،فإذا تجاوزه فتلف ما استأجر كان عليه الضمان.(أنظر المادة ٦٠٢) كركوب الدابة ولبس الألبسة.

وعند الإمام الثاني استعمال الفسطاط أيضاً (رد المحتار).

قوله (لو استكرى أحد لركوبه دابة ليس له أن يركبها غيره) ومثل الإجارة الإعارة في ذلك لأن الركوب يختلف باختلاف الراكب فلذلك يكون التقييد فيه مفيداً ومخالفته تعدياً لأن الراكب الخفيف الذي يجهل طرق الركوب أشد وطأة على الدابة من الراكب الثقيل العالم بطرق الركوب.

وعلى ذلك فلو استأجر إنسان الدابة على أن يركبها هو فأركبها غيره فتلفت لزمه الضمان هو ومن تلفت في يده. ولما كان مقتضى المادة ٨٦ الا يجتمع أجر وضمان لم تلزم الأجرة. فإذا ضمن المستأجر فله أن يرجع على من تلفت الدابة في يده الذي هو مؤجر ثان (أنظر المادة ٦٥٨).أما إذا ضمن المؤجر الثاني فليس له أن يرجع على المستأجر إلا إذا كان التلف ناشئاً عن تعدي المستأجر (أنظر المواد ٦٠٠و ٦٠١و ٦٠٢)(عبد الحليم).أما إذا لم تعطب فلا تلزم الأجرة لأن المستأجر في هذه الصورة يكون غاصباً والمنافع إذا غصبت لا تكون مضمونة.

وكذلك لو استأجر إنسان ملابس ليلبسها هو فليس له أن يلبسها غيره لأن التاجر غير الجزار في اللبس.فإن ما يلبس الجزار يصيبه من الضرر اضعاف ما يصيبه من التاجر والفسطاط عند الإمام الثاني كالألبسة أيضاً لتفاوت الناس في نصبه واختيار مكانه وضرب أوتاده وغير ذلك من الأمور.فعلى هذا لو استأجر إنسان فسطاطاً لنفسه فآجره من غيره أو اعاره وتلف يكون ضامناً له والفسطاط عند الإمام الثالث كالدار (الزيلعي، عبد الحليم، الدرر، رد المحتار، الشبلي).

إن الفقرة الأخيرة من المادة ٥٣٦ مع المادتين ٥٥٢و ٥٥٣ فروع لهذه المادة كما أن الفقرة الأولى من المادة ٥٥١ فروع لهذه المادة أيضاً وهي بعينها في المثال.فذكر الفقرة المذكورة من المادة على حدة إعادة لا فائدة منها.

﴿المادة ٤٢٨﴾ كل ما لا يختلف باختلاف المستعملين فالتقييد فيه لغو مثلاً لو استأجر أحد داراً على أن يسكنها له أن يسكن غيره فيها.

(راجع المادة ٥٢٨)

يعني أنه لو استأجر أحد داراً بشرط أن يسكنها هو فله إيجارها من غيره وإعارتها لاستيفاء المنفعة التي له أن يستوفيها بموجب المادة ٤٢٦ لأن السكنى لما لم تكن متفاوتة لم يعتبر ذلك القيد لأنه غير مفيد.

أما لو قيل أن السكنى قد تكون مع الاشتغال بصنعة الحدادة فيكون التقييد مفيداً وينظر إليه لأن في مثل هذه السكنى ضرراً.فنقول إن الاشتغال بالحدادة داخل الدور وايقاد الحطب فوق المعتاد ونحو ذلك مما يسبب توهين البناء لما كان مثل ذلك خارجاً بدلالة العرف والعادة (أنظر المادة ٦٢) فليس لمستأجر الدار أن يتخذها للحدادة أو طاحوناً إلا إذا كان ذلك برضا صاحبها أو بشرط في عقد الإجارة ولكن على كل حال له سكناها واسكانها ومساكنة سواه فيها لأن كثرة السكان في البيت

لا تضر بل قد تنفع وقد تخرب الدار بخلوها من السكان (أنظر المادة ١٠٨١) (الهندية، رد المحتار، التنقيح، تكملة البحر).

وهذه المادة تفيد حكم المادة ٥٨٧ وزيادة فايرادها عبث محض.

وكذلك لو استأجر إنسان أرضاً ليزرع فيها نوعاً من الحبوب فله أن يؤجرها من آخر ليزرعها من ذلك النوع أو مما هو أهون مضرة.وليس للمستأجر أن يؤجر ما استأجره أو يعيره لاستيفاء منفعة لم يكن له استيفاؤها.كما لو استأجر إنسان داراً على أن يسكنها فليس له إيجارها أو إعارتها لمن يشتغل فيها بما يوجب توهين بنائها كالحدادة مثلاً.كما أنه ليس له نفسه أن يتصرف فيها هذا التصرف.

﴿المادة ٤٢٩﴾ للمالك أن يؤجر حصته الشائعة من الدار المشتركة لشريكه ان كانت قابلة للقسمة أو لم تكن وليس له أن يؤجرها لغيره ولكن بعد المهايأة له أن يؤجر نوبته للغير.

إن الشيوع المقارن عند الإمام الأعظم مفسد لعقد الإجارة وان بين الآجر مقدار المأجور من المال كإيجار إنسان حصته الشائعة في دابة أو دار لأجنبي،فإن ذلك غير صحيح بخلاف ما لو آجر حصته هذه من شريكه سواء أكانت قابلة للقسمة أم غير قابلة وكانت وقفاً أم غير وقف ومنقولاً أم غير منقول فإيجاره صحيح.

وكذلك لا يجوز إجارة نصف ما يملكه الآجر جميعه.كما لا تجوز إجارة ما لا يملك الآجر سوى نصفه.ومع أن في الصورة الثانية روايتين فالأظهر عدم الجواز ويؤخذ ذلك من إطلاق المجلة (الدر المختار).

ويؤخذ من إطلاق جواز إيجار الحصة الشائعة للشريك،جواز إيجار جميعها أو بعضها.(الهندية في الباب السادس عشر).

وعلى ذلك إذا أوجرت الحصة الشائعة من إنسان كانت الإجارة على القول الصحيح فاسدة فإذا سكنها المستأجر لزمه أجر المثل (أنظر المادة ٤٦٢).وإذ كانت هذه الإجارة فاسدة ومستوجبة للفسخ فإذا طلب أحد المتعاقدين من المحكمة فسخها اجابته المحكمة إلى ذلك.ومما لا ريب فيه ان من حق أحد المتعاقدين إقامة الدعوى في طلب الفسخ ولكن هل لأحد غير المتعاقدين أن يقيم الدعوى حسبة في بيان فساد هذه الإجارة كأن تكون دار مشتركة بين اثنين فيؤجر أحدهما حصته فيها من أجنبي ويسلم إليه الدار كلها فيأتي الشريك الثاني مطالباً بحصته فلا تسلم إليه لعدم إمكان إخلائها فهل يحكم بإخلاء الدار كلها لفساد الإجارة ؟.هذه مسألة محتاجة إلى الحل فلما كان أجر المثل الذي يأخذه المؤجر يعود إليه فليس للشريك الثاني ادعاء الشركة فيه،والإجارة المشاعة باطلة على قول آخر وسواء استعمل المأجور أم لم يستعمل فالأجرة غير لازمة (رد المحتار).

وسبب الفساد أن الإجارة قد شرعت للإنتفاع بعين المأجور فلما كانت الحصة الشائعة لا

يمكن تسليمها مفردة لم يكن استيفاء المنفعة مقدوراً.

فلذلك كانت الإجارة فاسدة (أنظر المادة ٤٥٧). أما البيع فليس كذلك لأن الغاية منه الملك فلذلك أجيز بيع الشائع ولم تجز إجارته.

وإنما أجيزت إجارة الحصة الشائعة للشريك لأن استيفاء منفعتها مقدور لأن المال بعضه للشريك المؤجر وبعضه للشريك المستأجر فبانتفاع المستأجر بحصة شريكه بالإجارة وحصته بالملك قد تم له الإنتفاع بالمأجور واستوفى المنفعة التي قصدها من العين المأجورة له. إذ لا اعتبار لاختلاف السبب عند اتخاذ الحاجة. وكذلك لو كان مال مشتركاً بين ثلاثة أثلاثاً فكما لا يحق لأحدهم أن يؤجره من أجنبي لا يحق له أن يؤجره من أحد الشريكين الآخرين. ولكن إذا آجره من الاثنين معاً صحت الإجارة. وكذلك تصح الإجارة في الشائع القابل للقسمة إذا سلم المال عقب مجلس عقد الإجارة إلى المستأجر وقسم وافرز. (أنظر المادة «٢٤») ولو ابطلها ثم قسم وسلم لم يجز (رد المحتار).

وينبغي أن تجوز الإجارة بالتعاطي إذ لا مانع منة بعد فسخ الأول(رحمتي، الدر المختار، تكملة البحر) أقول بل لا ينبغي إذا كان التعاطي مبنياً على الإجارة المفسوخة (أنظر المادة ١٥٢).

وكذلك لو آجر إنسان نصفاً شائعاً في دار وداراً كاملة باجمعها فالإجارة صحيحة في الدار الكاملة وغير صحيحة في النصف.(الهندية في الباب السادس عشر، انقروي) وسيبين في شرح المادة الآتية صلاحية الشريك عند إيجار شريكه حصته الشائعة في الملك المشترك بينهما.

وقد ذهب الصاحبان إلى أن إجارة الحصة الشائعة جائزة إذا بينت حصة الشريك سواء أكانت الإجارة للشريك أو للأجنبي وكان المؤجر قابلاً للقسمة أو غير قابل.

أما إذا لم يبين نصيب المؤجر فليست الإجارة جائزة عندهما أيضاً وقد رجح الزيلعي قولهما. أما المجلة فقد اختارت قول الإمام الأعظم (رد المحتار).

ولما كانت العقارات الشائعة في زماننا تؤجر على أنها كذلك في الغالب وحمل معاملات الناس الفاسدة على وجه صحيح أولى كان الأحسن أن تأخذ المجلة بقول الإمامين.

«ولكن بعد المهايأه له أن يؤجر نوبته للغير» أي أن يؤجر الدار بأجمعها لأن الدار حينئذ في يد المؤجر ويمكنه تسليمها إلى المستأجر كلها وبذلك تتحقق القدرة على استيفاء المنفعة إذ لا شيوع حينئذ البتة وهذه هي الطريق التي نتوصل بها إلى إيجار المال المشترك إيجاراً صحيحاً.

قد بين في المادتين «١١٣٩و١١٤٠» ما يقبل القسمة وفي المادة «١١٤١» ما لا يقبلها وفي «١١٧٤» وما يليها من المواد المهايأة وفي «١٣٩» الحصة الشائعة.

ولا شيوع في المسائل الآتية:

(١) إذا كانت عرصة بناء لإنسان والبناء وقف لآخر أو بالعكس فلصاحب الدار أن يؤجرها من آخر إذ لا شيوع في المسألة.

(٢) إذا آجر الدار صاحبها من صاحب العرصة صحت الإجارة بالإتفاق. وإذا كان البناء ملكاً والعرصة وقفاً فآجر المتولي البناء بأمر المالك تنقسم الأجرة بين البناء والعرصة(رد المحتار. الدر المنتقى. الأنقروي) .

وكيفية قسمتها بين البناء والعرصة أن يقدر أجر مثل كل منهما وبقاعدة النسبة يعلم ما يخص كلا من الأرض والبناء على حدة (أنظر شرح المادة ٤٢٥).

(٣) الإجارة الواقعة بمقتضى المادة ٤٣٢ لا شيوع فيها أصلاً.

﴿المادة ٤٣٠﴾ الشيوع الطارئ لا يفسد عقد الإجارة مثلاً لو أجر أحد داره ثم ظهر لنصفها مستحق تبقى الإجارة في نصفها الآخر الشائع.

يعني الشيوع الذي يعرض بعد عقد الإجارة لا يفسدها «درر» والشيوع الطارئ يكون بأربع صور وهي:

الأولى أن يكون بصورة الإستحقاق. مثال ذلك لو آجر إنسان داره كلها فظهر من يستحق نصفها فإجارة هذا النصف موقوفة على إجازته. فإذا أجاز وكانت شروط الإجارة متوفرة تنفذ وإلا فلا وعند فسخ الإجارة يقع الشيوع الطارئ أما قبل ذلك حتى فسخ الإجارة فلا شيوع لأن الإيجار يعد فضولاً. ويؤخذ من ذلك كله أن الشيوع الذي يعرض بالإستحقاق ليس شيوعاً مقارناً ولكن إذا فسخ إيجار النصف المستحق بقيت الإجارة صحيحة في النصف الآخر بنصف بدل الإيجار «أنظر المادة ٥٥ و ٥٦».

وقد قال آخرون واقفون على هذه الدقيقة«إن الشيوع العارض في المأجور بالإستحقاق شيوع مقارن وهذه المادة من المجلة غير صحيحة غير أن المستأجر مخير بين أن ينتفع بنصف المأجور من البدل وأن يفسخ الإجارة في النصف الآخر غير المستحق ويترك المأجور «أنظر شرح باب البيوع السادس».

ويفهم من هذه المادة أنه لا شيوع حين عقد الإجارة في عقار مشترك آجر أحد الشركاء فيه حصته من أجنبي بل ان الإجارة في حصة الآجر جائزة وفي حصة من عداه من الشركاء فضول. فإذا رضي هؤلاء بالإجارة فقد جازت وإلا فسخت. وإذا توفرت الشرائط المذكورة في المادة (٤٤٧) في الإجارة كانت نافذة وأخذوا بدل حصصهم من الأجرة وكذا إذا مرت مدة الإجارة أو بعضها دون أن تفسخ الإجارة أو تجاز يعمل في بدل تلك المدة بمقتضى المادة(١٠٧٧) أي للشريك غير الآجر مطالبة الشريك الآجر بحقه من البدل فإذا كان الشريك الآجر لم يأخذ بدل الإجارة من المستأجر فلا يلزمه أداء ذلك من ماله.

وإذا طلب الشريك غير الآجر فسخ الإجارة فسخت في حصته وبقيت صحيحة في الحصة

الأخرى ولا يحكم بفساد الإجارة في الكل بداعي الشيوع العارض ولكن للمستأجر كما قلنا فسخ الإجارة بخيار عيب الشركة.

وقد قلنا آنفاً أن للشريك غير الآجر أن يفسخ الإجارة في حصته ويستردها ولكن قد يكون استرداد الحصة ليس في الإمكان كأن يكون المال المشترك حماماً أو طاحوناً أو حانوتاً صغيراً أو غير ذلك من العقارات التي لا تقبل القسمة وفي مثل هذه الحال يخطر في البال ثلاثة أوجه لحل هذا الأشكال:

(١) اجراء المهايأة بين المستأجر والشريك غير الآجر.وهذا كما ذكر في الهندية في الباب الثالث والعشرين من كتاب الإجارة فقد جاء فيها:

« إذا كانت طاحون مشتركة بين اثنين أو ثلاثاً فآجر الثلثين صاحبهما من آخر وتصرف المستأجر بجميع الطاحون فليس لصاحب الثلث أخذ أجر ثلثه من المستأجر لأن المستأجر غاصب للثلث غير المأجور ولا تؤجر هذه الحصة للمستأجر لأن إجارة المال الشائع غير جائزة بل على المستأجر أن ينتفع بها يومين ويتركها يوماً لانتفاع صاحب الثلث.وفي هذا اليوم لصاحب الثلث أن يعطل الطاحون لأن تعطيل الطاحون غير مضر بها فإذا كان حمام مشتركاً على نحو الإشتراك في الطاحون فليس لصاحب الثلث تعطيل الحمام في يومه لأن تعطيل الحمام مضر والأولى في مثل ذلك أن تجري المهايأة بين المستأجر وصاحب الثلث فيتسلم المستأجر الحمام شهرين وصاحب الثلث شهراً أو أن تكون المهايأة على مدة أطول حتى لا يبطل الإنتفاع بالحمام لأن المهاياة في الحمام على مدة يسيرة مضرة.» (بتصرف).

ويؤخذ من مسألة الهندية هذه جواز المهايأة بين المستأجر والمالك.

(٢) أن يفسخ الشريك غير الآجر الإجارة في حصته فقط ويخرج المستأجر بناء على المادة (١٠٧٠) فيكون انتفاع المالك بالمأجور حسب المادتين (١١٨٤ و ١١٨٥) ولا يجاب طلب الأجر تسلم المال كله بعد الإخلاء فيما لو طلب ذلك. وهذه الطريقة وان كانت قاطعة للنزاع بقدر الإمكان فهي مانعة للشريك الآجر من نفاذ ما اتخذه للإنتفاع بحصته ولم يرد نقل يجيز ذلك.

(٣) أن يحكم بإدخال ثلث صاحب الثلث في المأجور.وفي ذلك تقوية النزاع لا قطعه لأن الآجر لا يستفيد شيئاً حينما توضع اليد على المأجور

الصورة الثانية: أن يكون بصورة الإقالة وذلك كما إذا اجر شركاء داراً لهم فيتقابل الطرفان في نصفها.فالإجارة في النصف الثاني المشاع صحيحة وهذه حيلة في الإجارة المشاعة.

الثالثة: أن تكون بالوفاة كان يؤجر رجلان داراً مشتركة بينهما من إنسان فيتوفى أحدهما فتنفسخ الإجارة في حصة المتوفي وتبقى في حصة الحي.وكذا إذا استأجر رجلان داراً فانفسخت الإجارة بوفاة أحدهما في حصته وبقيت الإجارة في حصة المستأجر الحي (تكملة البحر. رد المحتار. الأنقروي. الهندية. الشرنبلالي).

الرابعة: بالملك (أنظر شرح المادة ٤٤٢).

﴿المادة ٤٣١﴾ يسوغ للشريكين أن يؤجرا مالهما المشترك لآخر معاً .

أي يجوز للشريكين أو الشركاء أن يؤجروا مالهم من أجنبي بعقد واحد أو أن يؤجر أحد الشركاء حصته من شركائه الآخرين معاً. وفي هذه الحال لا شيوع فإذا فسخت الإجارة في حصة أحد الشريكين بوفاته بقيت الإجارة سارية في النصف الثاني (أنظر شرح المادة السابقة). (الدرر).

وقد وضعت هذه المادة للإحتراز عن إيجار كل من الشركاء متراخياً عن الآخر لأن الشريكين إذا آجر كل منهما ماله من شخص على إنفراد فالإجارة فاسدة لتفريق الصفقة(أنظر المادة ٤٢٩) أما إيجار أحد الشريكين المال كله فسيأتي حكمه في المادة (١٠٧٧).

وليس المراد من قولنا (شخص آخر) اشتراط كون المستأجر واحداً ولا للإحتراز عن المستأجرين المتعددين. فلو آجر الشريكان مالهما من اثنين أو أكثر بعقد واحد صحت الإجارة وكان ذلك جائزاً.

﴿المادة ٤٣٢﴾ يجوز إيجار شيء واحد لشخصين وكل منهما لو أعطى من الأجرة مقدار ما ترتب على حصته لم يطالب بأجرة حصة الآخر ما لم يكن كفيلاً له .

يعني يجوز إيجار شيء واحد ملك لإنسان واحد من اثنين أو أكثر بعقد واحد لأن العقد هنا مضاف إلى الجميع ولا شيوع بين المستأجرين فلا مانع من الإجارة وإنما الشيوع في تملك المنفعة بين المستأجرين وهذا ليس مانعاً للإجارة. كما لو آجر إنسان داره من اثنين معاً وقبلا الإجارة فالإجارة صحيحة لأن العقد واحد أما لو قبل الإجارة أحدهما فقط فلا تصح .

ويتفرع على أجرة الأشخاص المتعددين الأحكام الآتية:

(١) صيرورة كل من المستأجرين مالكاً لنصف المنفعة الشائعة ولذلك ليس لأحد المستأجرين قسمة المأجور بينهما بفاصل كستار أو غيره.

(٢) إذا شرط مستأجر حانوت معاً أن يقيم أحدهما في جانب منه والآخر في جانب آخر فهذا الشرط لاغ كان لم يكن وان كان هذا الشرط مع الآخر فسد العقد. (الهندية. في الباب الثالث والعشرين).

(٣) ليس لأحد الشركاء منع الآخر من اتخاذ أجير لنفسه فقط إلا إذا كان في ذلك ضرر بين عليه فله منعه .

(٤) إذا كانت أمتعة أحد الشريكين تزيد عن أمتعة الآخر وفي ذلك ضرر على الشريك الثاني فله منعه من وضعها (أنظر المادة ٢٠).

(٥) إذا رأى الشريكان عدم إمكان الإنتفاع بالمأجور المشترك بينهما ما بقيا مشتركين معاً فلهما اجراء المهايأة الزمانية في المأجور.أما إذا لم يتفقا على المهايأة فيجوز إجراء المهايأة قضاء وجبراً كما حققه مفتي الشام الأسبق المرحوم محمود حمزة في رسالة له.

وقد اوردت الإجارة هنا مجملة لأن قول المستأجر لأحد المستأجرين آجرتك نصف هذا الحانوت أو ثلثيها وللآخر نصفها أو ثلثها على وجه التفصيل غير جائز ولا تصح الإجارة فيه لأن في ذلك شيوعاً أيضاً وكذلك قوله آجرتكما هذه الدار سوية لأنه بمنزلة التفصيل.

ويستفاد من هذه المادة والتي قبلها أن الآجر والمستأجر يكونان على ثلاثة اضرب:ــ

(١) أن يكون الآجر متعدداً والمستأجر واحداً.
(٢) أن يكون الآجر متعدداً والمستأجر متعدداً.
(٣) أن يكون الآجر واحداً والمستأجر متعدداً.

وفي هذه الأضرب كلها الإجارة صحيحة إذا كان العقد واحداً (أنظر شرح المادة– ١٧٩)

(٦) كل من المستأجرين لا يطالب بحصة الآخر من الأجرة إلا إذا كان كفيلاً للآخر.ولا يكون المستأجر بمجرد مشاركة غيره في استئجار المال مطالباً بحصة شريكه في الاستئجار من الأجرة لأن لا يجوز لأحد أن يأخذ الآخر بغير سبب مشروع (أنظر المادة– ٧٩).

مثلاً لو آجر إنسان داره من اثنين مناصفة بمائتي غرش شهرياً فالإجارة صحيحة ويستوفي الآخر من أحد المستأجرين مائة ومن الآخر مائة أخرى وليس له أن يطالب أحدهما بحصة الآخر ما لم يكن كفيله والكفالة تكون على وجهين:ــ

أولهما: أن يكون أحدهما كفيلاً للآخر ولا يكون الثاني كفيلاً للأول فيطالب الآجر الكفيل بنصف الأجرة إصالة وبالنصف الآخر كفالة وحينئذ يجوز مطالبة أحد الشريكين بالمجموع «أنظر المادتين ٦٤٣و ٦٤٤».

الثاني: أن يكون كل منهما كفيلاً للآخر فيطالب كل منهما بمجموع الدين أي البدل النصف بالإصالة والنصف الآخر بالكفالة (أنظر المادة– ٦٤٦).

ويؤخذ من هذه الفقرة أن المستأجرين بالنسبة إلى التكافل وعدمه على ثلاثة أضرب:ــ

(١) ألا يكون أحد المستأجرين كفيلاً للآخر.
(٢) أن يكون أحد المستأجرين كفيلاً للثاني.
(٣) أن يكون كل منهما كفيلاً للآخر.

وقد تبينت أحكام هذه الأضرب كلها فيما تقدم.

ويفهم من فقرة المجلة هذه أن الكفالة هذه جائزة في بدل الإجارة سواء أكان بدل الإجارة

حالاً أو غير حال بل إنما يلزم المستأجر بعد استيفاء المنفعة (أنظر المادة- ٦٣١). (انقروي في الكفالة مع زيادة).

ويستفاد من الفقرة الأخيرة هذه من المجلة القاعدة العامة الآتية وهي:

أن المدينين بدين مشترك إنما يجبر كل منهما على أداء حصته من الدين من غير زيادة إذا لم يكن أحدهما كفيلاً للآخر ويندرج تحت هذه القاعدة ثمن المبيع والقرض والحوالة والكفالة والغصب والإتلاف والقتل.

ثمن المبيع: إذا اشترى رجلان شيئاً فعلى كل منهما أداء حصته من الثمن المسمى وإذا لم يكن أحدهما كفيلاً للآخر فلا تؤخذ منه حصة غيره.

القرض: إذا اقترض جماعة من إنسان واحد مالاً على أن تكون حصة أحدهم من القرض كذا مع رضا المقرض وتسلم الحصة صاحبها فليس للمقرض أن يطلبه بشيء غير حصته ما لم يكن كفيلاً (البزازية رد المحتار في القرض). (أنظر المادة ١١١٣).

الحوالة: إذا أخذ إثنان على نفسهما أداء دين بحوالة فكل منهما ملزم بأداء حصته من المال المحال به وإذا لم يكن أحدهما كفيلاً للآخر فلا تطلب حصة أحدهما من الآخر.

الكفالة: إذا كفل إثنان بدين معاً طولب كل منهما بنصف الدين فقط وإذا لم يكن أحدهما كفيلاً للآخر في الكفالة فلا تطلب حصة الآخر منه (أنظر المادة ٦٤٧).

الغصب والإتلاف: إذا غصب إثنان آخر ماله واتلفاه ضمن كل منهما نصفه فقط إلا إذا كان أحدهما كفيلاً للآخر.

القتل: إذا قتل إثنان آخر قتلاً موجباً للدية يدفع كل منهما نصف الدية وما لم يكن أحدهما كفيلاً للآخر فلا يدفع حصة غيره.

الباب الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بالإجارة ويشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول

في بيان المسائل المتعلقة بركن الإجارة

أركان الإجارة على الاجمال ثلاثة وتفصيلاً ستة:

(١) العاقد وهو عبارة عن المؤجر والمستأجر.

(٢) المعقود عليه وهو عبارة عن الأجرة والمنفعة.

(٣) الصيغة وهي عبارة عن الإيجاب والقبول كما في البيع (أنظر المادة- ١٤٩).

حكم الإجارة: هو امتلاك البدلين أي امتلاك المستأجر المنفعة والأجير بدل الإجارة (الهندية).

خلاصة الفصل الأول أن الإجارة تنعقد:

(١) بالإيجاب والقبول.

(٢) بالكتابة والمكاتبة.

(٣) بالتعاطي.

(٤) بإشارة الأخرس.

(٥) بسكوت المؤجر والمستأجر والغاصب.

(٦) بالرسالة.

تنعقد الإجارة بالإيجاب والقبول في حق المتعاقدين لا الحكم:

الإيجاب والقبول:

(١) يلزم فيهما لفظ الإيجار أو الاستئجار أو الكراء أو القبول أو العارية أو الهبة أو التمليك.

(٢) صيغة الماضي.

(٣) أن يكونا من متعدد إلا ما استثني.

والإيجار والقبول إذا إضيفا إلى محل المنفعة والمنفعة يكونان صحيحين وإذا كرر الإيجاب قبل القبول بطل الإيجاب الأول.

وتكون الزيادة في البدل والحط منه على وجهين:
«١» مع بقاء الوجه الأول «٢» مع تجديد العقد.
وتكون الزيادة والحط مع الوجه الأول على ثلاث صور:
«١» زيادة بدل الإجارة.
«٢» زيادة المأجور.
«٣» الحط من بدل الإجارة.
ويتفرع عن صحة الإجارة المضافة ولزومها مسألتان. وفسخ الإجارة المضاف صحيح أيضاً وما يأتي ليس من الأعذار المبيحة لفسخ الإجارة وهو:
«١» الزيادة على الأجرة
«٢» الحط منها.
«٣» فسق المستأجر.
«٤» احتياج المؤجر للدار المؤجرة.
«٥» إرادة المؤجر بيع ما استؤجر لسداد دين عليه.
«٦» وجود حانوت أقل أجرة من الحانوت المستأجر.
«٧» رغبة من استأجر جملاً في الذهاب على بغل.
«٨» عزم المكاري على عدم الخروج للسفر.
«٩» عزم المؤجر بعد عقد الإجارة في عقار على السفر.
«١٠» وفاة عاقد لغيره كوكيل بالإجارة.
«١١» بلوغ الصغير بعد إيجار ماله بالولاية.
وبالأسباب الآتية تفسخ الإجارة أو تنفسخ بنفسها وهي:
«١» إذا أصبح المستأجر مالكاً لبعض المأجور أو كله.
«٢» إذا كان المال المأجور مال يتيم أو وقف وأوجر بغبن فاحش.
«٣» إذا ازداد أجر مال الوقف زيادة فاحشة بعد إيجاره.
«٤» إذا ظهر عذر مانع من العمل بموجب العقد أو لم يبق محل للعمل بمقتضاه (وهذا المانع على ثلاثة أنواع)
«٥» إذا توفي العاقد لنفسه (ولهذا مستثنى واحد).
«٦» هلاك المعقود عليه.
«٧» إقالة الإجارة.
«٨» وجود خيار الشرط أو العيب أو الرؤية أو الإستحقاق في الإجارة.
«٩» بلوغ الصبي الذي آجره وليه سن البلوغ.
وبين الإجارة والبيع فرق من سبعة أوجه: ـ
«١» جواز فسخ الإجارة بالعذر وامتناع ذلك في البيع.

«٢» فسخ الإجارة بحدوث عيب بعد التسليم وامتناع ذلك في البيع.

«٣» فسخ الإجارة بموت أحد العاقدين وامتناع ذلك في البيع.

«٤» إن التوقيت في الإجارة مصحح للإجارة مع أنه مفسد للبيع.

«٥» إن امتلاك العوض في البيع يحصل بمجرد العقد بخلاف ذلك في الإجارة.

«٦» إن حق الشرب والطريق يدخل في الإجارة بخلاف البيع.

«٧» إن المأجور بإجارة فاسدة إذا أوجر إجارة صحيحة كانت هذه الإجارة الثانية قابلة للفسخ بخلاف المبيع في البيع فإنه إذا بيع بيعاً فاسداً ثم بيع بيعاً صحيحاً فلا فسخ فيه في البيع الثاني الصحيح .

﴿المادة ٤٣٣﴾ تنعقد الإجارة بالإيجاب والقبول كالبيع.

أي تنعقد في حق المتعاقدين بالألفاظ الموضوعة للإجارة إذا صدر الإيجاب والقبول من أشخاص مختلفين. فإذا استأجر شخص داراً من آخر سنة ومضى شهر ولم يسلمها له فأقام عليه دعوى بعد مرور الشهر ولزم تسليمها فلا يحق للمؤجر الإمتناع عن التسليم كما لا يحق للمستأجر الاستلام في غير مدة الإيجار. وإنما قال (من أشخاص مختلفين) لأنه يلزم في الإجارة أن يصدر الإيجاب من شخص أو أشخاص والقبول من آخر أو آخرين وليس لشخص واحد أن يتولى طرفي العقد (أنظر شرح المادة ١٦٧). وعليه فلو آجر المتولي نفسه للوقف وأخذ الأجرة فلا يجوز له ذلك ما لم يكن بأمر الحاكم وكذلك لا يجوز له استئجار أرض الوقف لنفسه ما لم يستأجرها من الحاكم أو يكن ذلك انفع للوقف (انقروي في الوقف).

مستثنى: للأب أن يتولى طرفي العقد في الإجارة لولده الصغير وكذا للوصي إذا عقد الإجارة بلا غبن عند الصاحبين (البزازية).

وقوله (بالإيجاب والقبول) لأن الإجارة بدون القبول لا تنعقد كما يأتي:

فلو قال شخص للخياط خط لي هذه الجبة بكذا قرشاً فقال له الخياط لا أريد أجرة وخاطها فالخياط متبرع في عمله فليس له أن يطلب أجرة بعد ذلك (البزازية في الثالث، الخانية).

وقوله (في حق المتعاقدين): لأن الإنعقاد في حق الحكم يكون بعد وقوع العقد ووجود المنافع (أنظر شرح المادة ٤٠٦).

السؤال الأول- العقد علة الإنعقاد فإذا وجد العقد وفرضنا أن الإنعقاد لم يوجد لزم انفكاك العلة عن معلولها أي لزم انعدام المعلول مع وجود العلة وهو غير جائز.

الجواب- إن العلة الفعلية لا تنفك في الواقع عن معلولها كالكسر والإنكسار فمتى وُجد الكسر وُجد في الحال الإنكسار. أما العلة الشرعية فيجوز تراخي معلولها عنها كانعقاد الإيجار فإنه يحدث بنسبة حدوث المنافع ساعة بعد ساعة وشيئاً بعد شيء وكالملك الذي هو حكم العقد فإنه يمكن فصله بأن كان البيع بشرط الخيار (الزيلعي).

السؤال الثاني- من المعلوم أنه إذا تلف بعض المبيع قبل التسليم كان المشتري مخيراً في قبول الباقي فكان من اللازم إذا تلفت بعض المنافع المستأجرة أن يكون للمستأجر الخيار في قبول الباقي منها لأن تلف بعضها كتلف بعض المبيع.

الجواب- إن المعقود عليه في البيع واحد،فإن تلف بعضه قبل القبض كان الباقي كأنه معيب. فيخير المشتري في قبوله بخلاف المعقود عليه في الإجارة فإنه متعدد لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنافع فليس للمستأجر إذا تلفت بعض المنافع،الخيار في باقيها (الشبلي).

﴿المادة ٤٣٤﴾ الإيجاب والقبول في الإجارة هما عبارة عن الكلمات التي تستعمل لعقد الإجارة كآجرت وكريت واستأجرت وقبلت.

وما أشبه ذلك من الألفاظ بصيغة الماضي.

يستفاد من هذه المادة حكمان:

١- انه لم يعين لفظ لعقد الإجارة (أنظر شرح عنوان الفصل الأول)

٢- كما تصح إضافة عقد الإجارة لعين المأجور تصح إضافته لمنفعة تلك العين بخلاف عقد البيع. ولذلك يكون المراد به قول البائع قد بعتك هذا المتاع أي نفس المبيع الذي تعلق به البيع بخلاف قول المؤجر للمستأجر آجرتك هذا المحل فليس المراد منه نفس المأجور وإنما المراد منفعته.

ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن إضافة الإيجاب والقبول للعين التي هي محل المنفعة فيما لو قال المؤجر آجرتك داري هذه قائمة مقام الإضافة إلى المنفعة فإن المعقود عليه في الإجارة هو المنافع وعليه فيصح العقد. لو قال آجرتك منفعة داري هذه سنة أو بعتك إياها. لأن الغاية من الإجارة هي المنفعة كما علمت وما ذكرها في الإجارة إلاّ للتأكيد (شرح المنهاج، البحر وتعليقات ابن عابدين عليه، الهندية).

وقد حذفت المجلة (المأجور) للدلالة على أن الوجهين المذكورين في الإجارة صحيحان .

وقد بينت هذه المادة أربع صور لانعقاد الإجارة:

١- آجرت: استأجرت.
٢- آجرت: قبلت.
٣- كريت: استأجرت.
٤- كريت: قبلت.

وقد ترتقي هذه الصور الأربع إلى ثماني صور بالنسبة إلى ما يضاف إليه العقد من عين المأجور أو منفعته.

وقد أشير بكاف التشبيه الواردة في المتن إلى عدم انحصار الإيجاب والقبول فيما ذكر من

الألفاظ فإن الإجارة تنعقد على رأي بعض العلماء بالفاظ البيع والتمليك والهبة وكذا بالفاظ العارية لأن العارية التي تكون في مقابل عوض إجارة بخلاف الإجارة التي تكون بلا عوض فإنها ليست بعارية (أنظر شرح المادة ٤٠٥) (الدرر).

فلو قال شخص لآخر بعتك أو ملكتك أو وهبتك أو اعرتك داري شهر كذا بكذا قرشاً أو أضاف العقد إلى منافعها وقبل الآخر ذلك فالإجارة منعقدة على القول الراجح.

كذلك تنعقد الإجارة على ذلك القول. لو قال الرجل الحر لآخر بعت منك نفسي للعمل الفلاني في الشهر الفلاني بكذا قرشاً وقبل الآخر ذلك (راجع المادة ٣). أما على القول الثاني فالإجارة باطلة لأن فيها بيع المعدوم وتمليك المعدوم بالفاظ البيع والشراء غير صحيح (الهندية، عبد الحليم، الدرر).

كذلك لو قال لآخر سنوية هذه الدار دينار واحد فهل أنت راض بها فقال له نعم فأعطاه المفتاح فتنعقد الإجارة (لسان الحكام).

إعادة الإيجاب قبل القبول تبطل الإيجاب الأول (راجع المادة ١٨٥)

مثال: لو قال لآخر آجرتك داري هذه سنة بألف قرش على أن يكون الأجر في الشهر مائة فقوله على أن يكون الأجر في الشهر مائة قد فسخ القول الأول ما لم يكن ناشئاً عن خطأ في الحساب فلا يكون مبطلاً للأول. ولهذا لو قال المؤجر انني قصدت فسخ القول الأول وقال المستأجر قد كان ذلك منك غلطاً فالقول للمؤجر (البزازية في الثاني في صفتها في تفريعات على الإجارة الطويلة، الهندية في الباب الثامن).

﴿المادة ٤٣٥﴾ الإجارة كالبيع أيضاً تنعقد بصيغة الماضي ولا تنعقد بصيغة المستقبل مثلاً: لو قال أحد سأؤجر وقال الآخر استأجرت أو قال أحد آجر وقال الآخر آجرت فعلى كلتا الصورتين لا تنعقد الإجارة.

يعني أن الإجارة كالبيع الذي سبق ذكره في المادتين ١٦٩ و١٧٠ تنعقد بصيغة الماضي من الطرفين ولا تنعقد بصيغة المستقبل أو الأمر سواء كانت تلك الصيغة من طرف واحد أو من الطرفين معاً (راجع المادتين ١٧١ و ١٧٢ (لسان الحكام).

إلا إذا أريد بصيغة المستقبل الحال فتنعقد بها كما في البيع.

مثلاً: لو قال سأؤجرك هذه الدار بكذا قرشاً وقال الآخر استأجرت أو قال آجر وقال الآخر آجرت فعلى كلتا الصورتين لا يجوز (لسان الحكام) لأن صيغة (سأؤجر) مستقبل وصيغة آجر أمر ويفهم من هذا أن المثال يفيد شيئاً أكثر مما يفيده الممثل له إلا أنه قد يقال أن لفظ (المستقبل) يشمل الأمر أيضاً (مجمع الأنهر).

﴿المادة ٤٣٦﴾ كما أن الإجارة تنعقد بالمشافهة كذلك تنعقد بالمكاتبة وبإشارة الأخرس المعروفة.

أي أن الإجارة كالبيع كما أنها تنعقد بالإيجاب والقبول اللذين يقعان بالمشافهة كذلك تنعقد بالإيجاب والقبول اللذين يقعان بالمكاتبة وبإشارة الأخرس المعروفة. ويكون أيضاً مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة معتبراً (راجع المادة ٦٩و ٧٠و ١٧٣و ١٧٤) (أشباه).

مثال للمكاتبة والكتاب: إذا كتب شخص للآخر كتاباً قائلاً استأجرت دارك الفلانية سنة بكذا قرشاً فلما وصله الكتاب قال في المجلس الذي استلمه فيه آجرت أو كتب له في نفس المجلس كتاباً ينبئه بقبوله فعلى الصورتين تنعقد الإجارة والصورة الأولى تدعى (كتاباً) والثانية تدعى مكاتبة أما إذا لم يقبل إلا بعد انفضاض المجلس فقد بطل الإيجاب فلا يبقى بعد ذلك محل للقبول.

الرسالة: كذلك تنعقد الإجارة بالرسالة ويشترط فيها قبول المرسل إليه في المجلس الذي تبلغه فيه الرسالة.

كذا للأخرس أن يستأجر من آخر داره أو يؤجر داره منه بإشارته المعروفة سواء كان يحسن الكتابة أولا، فإن لم تكن إشارته معروفة فغير معتبرة كما لا تعتبر إشارة غير الأخرس.

﴿المادة ٤٣٧﴾ وتنعقد الإجارة بالتعاطي أيضاً كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق المواني ودواب الكراء من دون مقاولة فإن كانت الأجرة معلومة اعطيت وإلا فأجرة المثل.

أي ان الإجارة تنعقد بالتعاطي كما ينعقد البيع به بمقتضى المادة ١٧٥ لأن جواز الإجارة إنما هو بالنظر إلى الرضا فلما كان تعاطي الطرفين ناشئاً عن رضاء كل منهما كانت لازمة لا محالة ولذلك فالشروط الواردة في المادتين ٤٥٠و ٤٥١ معتبرة في الإجارة التي تقع بالتعاطي (الدر المختار).

إلا أن الإجارة لا تتوقف على اعطاء الطرفين كالبيع(أنظر المادة ١٧٥)(الهندية، مجمع الأنهر، عبد الحليم).

ولا حاجة إلى مقاولة فيها كالركوب في باخرة المسافرين وزوارق المواني ودواب الكراء فإن كانت الأجرة معلومة أعطيت وإلا اعطيت أجرة المثل (أنظر المادة ٤٣ و٤٦٢ و٥٦٥) وفي زماننا أجرة البواخر والترامات والقطارات والسيارات معلومة بالنظر إلى كل بلد.

وإذا استأجر شخص أواني غير معينة فإن سلمه المؤجر نوعاً من الأواني فقبلها انعقدت الإجارة بطريق التعاطي فكانت صحيحة(رد المحتار، الهندية) وإلا فلا تنعقد بناء على المادة ٤٤٩.

صورة أخرى لانعقاد الإجارة بالتعاطي: إذا استأجر إنسان من قيم الوقف داراً للوقف على

أن أجرتها السنوية كذا قرشاً وبعد مضي السنة بقي فيها مدة بدون عقد آخر فأخذ القيم منه قسماً من الأجرة انعقدت الإجارة على السنة الثانية كلها (رد المحتار)

﴿المادة ٤٣٨﴾ السكوت في الإجارة يعد قبولاً ورضاء. مثلاً لو استأجر رجل حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً وبعد أن سكن فيه مدة أشهر أتى الآجر وقال ان رضيت بستين فاسكن وإلا فاخرج ورده المستأجر وقال لم أرض واستمر ساكناً يلزمه خمسون قرشاً كما في السابق وان لم يقل شيئاً ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً يلزمه اعطاء ستين قرشاً. كذلك لو قال صاحب الحانوت مائة قرش وقال المستأجر ثمانون وأبقى المالك المستأجر وبقي هو ساكناً أيضاً يلزمه ثمانون ولو أصر الطرفان على كلامهما واستمر المستأجر ساكناً تلزمه أجرة المثل.

أنظر المادة ٦٨. ان الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٢ فرع لهذه المادة

السكوت ثلاثة أنواع:

١- سكوت المؤجر: كما لو استأجر رجل بمقتضى المادة ٤٩٤ حانوتاً في الشهر بخمسين قرشاً وبعد أن سكن فيه مدة أشهر أتى له المؤجر في رأس الشهر وقال ان رضيت بستين فاسكن هذا الحانوت وان لم ترض فاخرج منه فرده المستأجر قائلاً لم أرض واستمر ساكناً ولم يعارضه المؤجر بعد ذلك لزمه خمسون قرشاً كما في السابق لأن سكوت المؤجر وقد أعلنه المستأجر عدم رضائه بالزيادة وتركه إياه ساكناً في الحانوت مما يدل على رضائه بالأجرة السابقة.

٢- سكوت المستأجر: كما لو طلب المؤجر من المستأجر الزيادة عن الأجرة السابقة ولم يقل المستأجر شيئاً أي لم يقل انني لا أرضى بالزيادة ولم يخرج من الحانوت واستمر ساكناً إلى ما بعد المدة التي يتمكن فيها من نقل امتعته وأشيائه يلزمه إعطاء ما زيد على البدل بناء على الفقرة الأخيرة من المادة ٦٧ اعتباراً من ذلك الشهر لأن سكوت المستأجر وقد كان من الواجب عليه أن يرد الزيادة إذا كان غير راض بها دليل على رضائه بها.

ولو طلب المؤجر من المستأجر بعد مدة ستين قرشاً أجرة وقد كانت من قبل خمسين فقال له المستأجر انني لم اسمع طلبك الزيادة حتى أكون راضياً بها فإن كان المستأجر أطرش صدق كلامه بحسب الظاهر وإلا فلا.

مثال آخر لسكوت المؤجر: إذا قال صاحب الحانوت في المثال المذكور للمستأجر إذا كنت ترضى بمائة قرش فيها وإلا فاترك الحانوت فقال المستأجر انني أرضى بثمانين قرشاً وسكت المؤجر وبقي المستأجر ساكناً فيلزمه اعتباراً من ذلك الشهر ثمانون قرشاً. أما إذا أصر الطرفان على كلامهما في هذا المثال واستمر المستأجر ساكناً في الحانوت فسكناه فيه حسب المادة ٤٦٢ بدون تسمية أجر

فعليه أجر المثل إذا بانقضاء مدة الإجارة قد انفسخ العقد الأول ولم يعقد عقد ثان باصرارهما فبقي الحانوت في يد المستأجر بلا عقد وهو معد للإستغلال فلزم أجر المثل وكان المستأجر كأنه قد سكن الحانوت بنية دفع الأجرة (الأنقروي).

وقد ذكرت هذه الفقرة الأخيرة من هذه المادة استطراداً وإتماماً للفائدة.

٣- سكوت الغاصب: سكوت الغاصب في القبول والرضا، كسكوت المستأجر. فلو قال رجل لغاصب داره أخل الدار وإلا فقد آجرتك إياها كل شهر بكذا قرشاً فلم يخلها فإن كان الغاصب منكراً ملكية ذلك الرجل للدار فلا يلزمه أجر المثل ولو اثبت ذلك المالك ملكيته لها. وكذلك لا تلزمه الأجرة ولو كان مقراً بالملكية إذا كان غير راض عن الأجرة صراحة بأن قال اني لا أرضى بذلك إلا إذا كانت تلك الدار مال وقف أو مال يتيم أومالاً مُعَدًّا للإستغلال فعليه أجر المثل (رد المحتار).

أما إذا لم يقل الغاصب انني غير راض بالأجرة فسكوته بموجب هذه المادة رضاء وقبول لأنه يعد بعدم تخلية الدار في الوقت الذي يلزم فيه التخلية راضياً بالأجرة (رد المحتار).

وإذا لم يقل المؤجر كلامه المذكور في رأس الشهر بل قاله بعد مضي المدة المذكورة في المادة ٤٩٤ ولم يقل له المستأجر شيئاً وبقي ساكناً في الحانوت فلا يلزم المستأجر في ذلك الشهر سوى الأجرة السابقة وذلك بأن قال المؤجر في أثناء الإجارة ذلك القول وسكت المستأجر فلا يعد سكوته رضاء بالزيادة.

مثال: لو آجر داره من آخر سنة وبعد ثلاثة أشهر قال للمستأجر ادفع كذا زيادة عن الأجرة وإلا فاخرج من الدار فسكت المستأجر فلا يكون سكوته قبولاً بالزيادة. إذ لا يقال إن الإجارة المنعقدة اللازمة قد انعقدت بسكوت المستأجر مرة أخرى فيكون بسكوته راضياً بالضم على الأجرة وستعلم ذلك في شرح المادة الآتية.

﴿المادة ٤٣٩﴾ لو تقاولا بعد العقد على تبديل البدل أو تزييده أو تنزيله يعتبر العقد الثاني.

لتبديل البدل وتنزيله صورتان:

الصورة الأولى: بتجديد العقد. يعني لو تقاول العاقدان بعد عقد الإيجار على تبديل البدل أو تزييده أو تنزيله انفسخ العقد الأول واعتبر العقدالثاني. أما إذا عقد العقد مرة ثانية بلا تبديل بدل الإجارة أو تزييده أو تنزيله فالعقد الثاني لغو (أنظر شرح المادة ١٧٦).

مثال: لو آجر حانوته بمائة قرش فضة وبعد ذلك اتفق مع المستأجر على أن تكون الأجرة أكثر أو أقل أو تكون ذهباً وعقدا العقد على صورة من هذه الصور انفسخ العقد الأول وكان العقد الثاني معتبراً. كذلك لو آجر داراً باثنتي عشرة ذهبة سنوياً فجاءه رجل آخر وطلب إليه استئجارها بزيادة

ذهبة عن الأجرة المذكورة فآجره إياها ثم زاده ذهبة أخرى فآجره أيضاً فتنفسخ الإجارة الأولى وتكون الثانية هي المعتبرة(البهجة).

الزيادة: أما الوعد بالزيادة فليس له حكم كما لو استأجر دابة من مكار بأجرة من العملة المغشوشة أي المختلطة ثم طلب إليه المؤجر أن تكون الأجرة من غير المغشوشة أو طلب إليه الزيادة فقال له المستأجر إنني أفعل ما تريد فلا يلزمه شيء بهذا الوعد المجرد (أنظر شرح المادة ٨٤) (الهندية في الباب الثامن).

الصورة الثانية: الزيادة والتنزيل مع بقاء العقد الأول وهو على وجهين أيضاً:

الوجه الأول: زيادة الأجرة. إذا كانت الزيادة غير معلومة فلا تكون صحيحة (أنظر المادة ٤٥٠) أما إذا كانت معلومة فإن كانت من جنس المأجور فليست بصحيحة أيضاً(أنظر شرح المادة ٤٦٣). وإن كانت من غير جنسه وكانت في مدة الإجارة فصحيحة وسواء كانت في ابتداء مدة الاجارة أو في منتصفها (راجع المادة ٢٥٥). وعلى ذلك فلو كانت الزيادة بعد مرور بعض المدة فهي لباقي المدة إلا أن الإمام (محمداً) قد استحسن تقسيم الزيادة على الماضية والباقية وثمرة هذا تظهر فيها لو تلف المأجور قبل انقضاء مدة الإجارة وانفسخت الإجارة به. أما لو كانت بعد مرور مدة الإجارة كلها فليست بصحيحة. لأن محل العقد قد فات (الدر المختار، رد المحتار، البزازية) وذلك كعدم جواز الزيادة في ثمن المبيع بعد تلفه (راجع شرح المادة ٢٥٥).

الوجه الثاني: زيادة المأجور. إذا كانت الزيادة في المأجور غير معلومة فليست بصحيحة أيضاً (أنظر المادة ٤٤٩) وإلا فصحيحة سواء كانت من جنس المأجور أو لا (أنظر المادة ٢٥٤) (الهندية).

تنزيل الأجرة: يجوز تنزيل الأجرة فلو حط المؤجر الأجرة وانزلها أو ابرأ المستأجر من بعضها فإن كانت الأجرة ديناً ووقع ذلك في مدة الإجارة صح ولحق بأصل العقد (أنظر المادة ٢٥٦). أما إذا وقع بعد مرور المدة فلا يلحق به. وإن كانت الأجرة عيناً فالإبراء منها غير صحيح (الاشباه، الحموي).

﴿المادة ٤٤٠﴾ الإجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها.بناء عليه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرد قوله ما آن وقتها.

تصح الإجارة المضافة وتلزم قبل حلول وقتها على قول لأن العقد قد انعقد بحق المتعاقدين وان لم يكن منعقداً بحق الحكم فلو كان لأحد العاقدين حق الرجوع كان ذلك مؤدياً لإبطال حق الطرف الثاني (الشبلي)(راجع المادة ٨٢)،غير أنه لا يلزم قبل حلول ذلك الوقت تسليم المأجور للمستأجر.

اختلاف الفقهاء: قد حصل اختلاف بين الفقهاء في صحة هذه الإجارة فقال بعضهم بجوازها وقال بعضهم ببطلانها والمجلة على قول الأول حسب قولها (صحيحة) وقد انقسم القائلون

بجوازها إلى قسمين قسم يقول بعدم لزومها،وقسم يقول بلزومها.فعلى القول بعدم اللزوم إذا باع المؤجر المأجور لآخر قبل حلول وقت الإجارة نفذ البيع وبطلت الإجارة. وعلى القول باللزوم لا ينفذ البيع ويجري في الإجارة حكم المادة ٥٩٠ والمجلة هي على هذا القول حسب قولها(وتلزم) وفي هذه المادة حكمان:

١- كون الإضافة في الإجارة صحيحة ومعتبرة ويتفرع عن هذا الحكم المسألة الآتية:

إذا قال رجل لآخر استأجرتك غداً لتخيط لي هذا الرداء فخاطه له في هذا اليوم فليس له أجرة لأن الإضافة صحيحة في الإجارة والوقت المضاف إليه لم يحل فيكون متبرعاً.

٢- لزوم الإجارة المضافة ويتفرع عن ذلك أنه ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة أو بيع المأجور أو هبته وتسليمه بمجرد قوله ما آن وقتها فإذا باعه أو وهبه وسلمه فلا ينفذ ذلك في حق المستأجر(أنظر المادة ٥٩٠) لأنه كما مر في شرح المادة ١١٤ ان الإجارة من العقود اللازمة لكلا الطرفين وإن لم تكن ثابتة بحق المستأجر الآن لأن ثبوتها مقرر في الآتي.

كذلك لو آجر آخر دابته ليركبها في الغد ثم آجرها من غيره فلا يكون الإيجار الثاني معتبراً كما هو مبين في المادة ٥٨٩ أي للمستأجر الأول عند حلول الوقت نقض الإجارة الثانية.

صحة إضافة فسخ الإجارة: فكما تصح الإضافة في الإجارة تصح في فسخها. فلو قال أحد العاقدين قد فسخت الإجارة في ابتداء الشهر الفلاني انفسخت في ابتداء ذلك الشهر وعلى هذا قول المادة ٤٩٤(وان قال أحد العاقدين في أثناء الشهر فسخت الإجارة اعتباراً من الشهر الآتي تنفسخ عند حلوله).

أما الإجارة المعلقة فليست بصحيحة لأن تعليق التمليك على شرط باطل والمنفعة في الاجارة والأجرة من التمليك (رد المحتار، الهندية، الشبلي، البزازية). وذلك كأن يقول لآخر إذا حضر فلان فقد آجرتك داري فلا حكم للإجارة ولو حضر ذلك الشخص (أنظر المادة ٤٠٨)

فرق: بين الإضافة والتعليق:

إن التصرف في صورة الإضافة إلى زمن مستقبل ينعقد على أنه سبب للحكم في الحال. إلا أن حكم ذلك التصرف يتأخر إلى الزمن المضاف إليه.أما في صورة التعليق فهو مانع للانعقاد في الحال بصورة توجب الحكم لأن التعليق علة للتصرف.

﴿المادة ٤٤١﴾ الإجارة بعد ما انعقدت صحيحة لا يسوغ للآجر فسخها بمجرد ضم الخارج على الأجرة.لكن لو آجر الوصي أو المتولي عقار اليتيم أو الوقف بأنقص من أجرة المثل تكون الإجارة فاسدة ويلزم أجر المثل.

ليس لأحد العاقدين الرجوع في الإجارة النافذة اللازمة وعليه فالضم على الأجرة أو التنزيل

منها لا يكون سبباً لفسخ الإجارة سواء كانت الإجارة واردة على منافع الأعيان أو على منافع الإنسان.

ضم الأجرة: مثال لما ترد على منافع الأعيان: لا يسوغ للآجر فسخ الإجارة بعد انعقادها صحيحة بمجرد ضم الخارج على الأجرة سواء كان الضم قبل مرور مدة الإجارة أو بعد مرور جزء منها وسواء كان المأجور ملكاً أو وقفاً لأن الإجارة عقد لازم ولو كانت مضافة (أنظر المادة ٤٤٣).

مثال: لو آجر مزرعته التي تحت تصرفه بموجب سند طابو من آخر على أن يزرعها ثم فسخ الإجارة فليس له ذلك قبل تمام المدة (الفتاوى الجديدة، الاشباه، الحموي، علي افندي).

تنزيل الأجرة: لو استأجر إنسان محلاً ملكاً أو وقفاً بخمسين قرشاً فنزلت الأجرة إلى ثلاثين أي نقص منها عشرون قرشاً فليس له أن يفسخ الأجرة لأنه قد رضي بالأجر(رد المحتار، التنقيح).

كذلك ليس للمستأجر الفسخ إذا وجد دكاناً مماثلة للدكان التي استأجرها أو أحسن منها بأجرة أقل من أجرة تلك الدكان كما لو أراد المؤجر زيادة الأجرة بعد انعقاد الإجارة فليس له ذلك لأنه لو عدَّ ذلك من الاعذار التي تجيز فسخ الإجارة لما سلمت إجارة ما من عذر.

كذلك لو اشترى المستأجر داراً وأراد الإنتقال إليها فليس له فسخ الإجارة (راجع المادة ٤٠٦) لأنه يمكنه أن يؤجرها من آخر (أنظر المادة ٥٢٨) إلا أنه إذا استأجر إنسان بعيراً ليركبه إلى محل كذا فاشترى لنفسه آخر وأراد ركوبه فله فسخ الإجارة (أنظر المادتين ٥٥١ و ٥٨٧) البزازية.

امثلة لما يرد على منافع الآدمي: لو سلم رجل رداء لصباغ ليصبغه ثم رجع إليه وقال أعد لي الرداء ولا تصبغه فلم يرده الصباغ وتلف عنده بلا تعد ولا تقصير فلا يكون الصباغ ضامناً لأن الإجارة التي ليس للمستأجر فسخها بلا عذر باقية بعد قوله لا تصبغه كما في السابق. والتلف بلا تعد ولا تقصير لا يوجب الضمان إلا أنه يشترط في صحة إيجار مال الصغير والوقف وبيت المال أن تكون الأجرة أجرة المثل أو أكثر كما يشترط في صحة الاستئجار ممن ذكر أن تكون الأجرة كأجر المثل أو دونه.

فالإيجار الذي يقع لمن ذكر إذا كان فاحشاً فاسد والاستئجار الذي يقع على الوجه المذكور نافذ بحق العاقد المستأجر.

إيضاح لفساد الإيجار: لو آجر وصي الصغير أو متولي الوقف أو مأمور بيت المال عقاراً لليتيم أو الوقف أو بيت المال أو غيره لو لم يكن معداً للاستغلال بغبن فاحش سواء كان بإجارة أو بإجارتين وسواء كانت غلة الوقف مشروطة للمتولي أو لغيره فالإجارة فاسدة وغير قابلة للإجارة. (راجع المادة ٢٥٨)

وإذا استوفى المستأجر المنفعة لزمته أجرة المثل بالغة ما بلغت أما إذا أجرت تلك الأموال بغبن يسير فلا تكون فاسدة لذلك لا يؤخذ المال المأجور من يد المستأجر من قبل تمام مدة الإجارة

(الحموي) «بخلاف ما لو أجرت بأكثر من أجر المثل فتكون صحيحة دون استرداد شيء» هذا إذا كان أجر المثل أكثر من ضمان النقصان (أنظر المادة ٥٩٦) سواء كان ذلك المال منقولاً أو عقاراً وإلاّ فلا يلزم الوصي والمتولي أو أمين بيت المال أو المستأجر من المستأجر المال نقصان أجر المثل. فلو آجر المتولي مال الوقف من آخر والآخر أجره من غيره أيضاً فإكمال أجر المثل على المستأجر الأول لا الثاني. (وقال أبو السعود في الجواب يضمن المتولي النصف والمستأجر النصف الآخر على رواية) (الفتاوى الخانية) والقول الأول أوفق. أما الفتوى فعلى القول الثاني (هامش الأنقروي) فلو ادعى أحد وقوع هذه الإجارة بغبن فاحش فلا يحكم بوقوعها بمجرد القول والإدعاء لأن الأصل في العقود الصحة ولأنه إذا كان أجنبياً كان متهماً بالرغبة في استئجار المأجور وإذا كان المؤجر كان متهماً برغبته في إيجاره من آخر غير المستأجر (رد المحتار، الأشباه، الحموي، الخيرية، الكفوي) وعلى ذلك يجوز الرجوع إلى قول وأمانة أهل الخبرة. ويكفي على رأي الشيخين قول واحد من أهل الخبرة بوقوع الإجار بغبن فاحش ولا اعتبار لقول اثنين بمساواة الأجرة لأجر المثل عند عدم وجود الخصم وقد لا يعتبر إقرار الوصي أو المتولي أو أمين بيت المال في مثل تلك الحال واجار تلك الأموال بغبن فاحش غير قابلة للإجازة فلو اجر الوصي مالاً للصبي من آخر بغبن فاحش ثم أجازه الصبي بعد بلوغه فلا ينفذ.

يترتب على فساد هذه الإجارة ثلاثة أحكام:

١ - أن يفسخ الحاكم هذه الإجارة فلو وقعت مثل هذه الإجارة الفاسدة في المحكمة فعلى الحاكم فسخها ثم يؤجر المال بأجر المثل أو مع الزيادة من المستأجر الأول أو من غيره ولا يكلف المستأجر الأول باستئجاره تكليفاً على كل حال (الحموي، رد المحتار).

ولا يعزل المتولي إذا كان أميناً وكان الايجار منه على تلك الصورة غفلة وسهواً وإلّا عزل من التولية وولي غيره (الكفوي).

٢ ـ أن يفسخ المتولي هذه الاجارة فلو أجر المتولي عقاراً أو غيره للوقف من آخر بغبن فاحش فله أن يفسخه قبل تمام المدة وأن يؤجره من غيره بأجر المثل ولا يقال هنا(إن سعيه في نقض ما تم من جهته مردود عليه بموجب المادة ١٠٠) لأن هذه الاجارة لم تتم لكونها فاسدة.

٣ - أن يلزم أجر المثل في هذه الإجارة إذا انقضت مدتها كلها أما إذا انقضى بعضها فأجر المثل للمدة الماضية والأجر المسمى للمدة الباقية.

الغبن الفاحش والنقصان في الإجارة ما كان مقدار الخمس أو أكثر واليسير ما كان أقل من الخمس فالواحد من العشرة غبن يسير والإثنان منها غبن فاحش.

مثلاً: لو أجر مال ليتيم يساوي اثني عشر قرشاً بأحد عشر فذلك غبن يسير وإذا أجر بعشرة قروش فهو غبن فاحش. (الأنقروي).

مثال للإجارتين: لو أجر متولي الوقف لآخر بنقصان فاحش فالإجارة فاسدة فلو تعين متول

غيره ألزمه أن يكلف المستأجر بإكمال أجر المثل فإن أكمله فبها وإلّا فسخ الإجارة وخصم من المال المأخوذ معجلاً ما تستحقه المدة التي انتفع فيها بالمأجور من أجر المثل ورد للمستأجر الباقي وأجر الوقف من آخر بأجر المثل.

إيضاح لنفاذ الإستئجار: إذا استؤجر مال لليتيم أو للوقف أو لبيت المال وجب أن يكون بأجر المثل فلو استأجر الوصي أو المتولي أو أمين بيت المال شيئاً لليتيم أو الوقف أو بيت المال بأجر زائد زيادة فاحشة عن أجر المثل فلا يكون صحيحاً إلا أنه ينفذ على الوصي أو المتولي أو أمين بيت المال.أما الزيادة اليسيرة لا تخل بالإستئجار وعليه فلو استأجر المتولي بناء لعمارة الوقف بزيادة فاحشة وأداه أجرة من مال الوقف فلا تنعقد الإجارة بالنسبة إلى الوقف وإنما تنعقد بالنسبة إلى المتولي فيكون ضامناً ما أعطى من الأجرة (الأنقروي، والكفوي).

إذا أجر الوقف بأجرة مساوية لأجر المثل في وقت الإيجار ثم ارتفعت الأجرة ارتفاعاً فاحشاً وتزايدت تزايداً كبيراً عن ذي قبل في خلال مدة الإجارة انفسخت الإجارة. وذلك كما لو أجر المتولي عقار الوقف بأجرة المثل بإجارة صحيحة فازدادت أجرة ذلك العقار بحيث أصبح يرغب فيه كل واحد فسخ المتولي الإجارة على قول بعض الفقهاء وإذا امتنع المستأجر عن ذلك رفع الأمر إلى القاضي فيحكم بفسخها وإذا امتنع المتولي والناظر عن فسخ ذلك فالحاكم يفسخه.

(أما إذا كانت الإجارة فاسدة فللمتولي فسخ الإجارة وإيجار المال لمن أراد وليس تكليف المستأجر الأول شرطاً لأنه ليس له حق في ذلك).

الضم على الأجرة على الوجه السابق، في صورة زيادة أجرة المأجور بنفسها: إذا أحدث المستأجر في المأجور أبنية وزاد عليه بعض الزيادات ونشأ عن ذلك ارتفاع أجرته فليس للمؤجر أن يضم على الأجرة شيئاً لأن تلك الزيادات قد حدثت في ملك المستأجر أما إذا لم تتصاعد عن الأجرة حقيقة بل كانت الزيادة من أشخاص ذوي أغراض فلا يلتفت لتلك الزيادة ولا تفسخ الإجارة وعلى هذا لو أقام المستأجر البينة على أن تلك الزيادة كانت ناشئة عن عناد ممن زادوا عليه قبلت منه البينة. ولا تقبل الزيادة والزيادة التي تكون عن عناد وتعنت التي لا يقبل بها إلّا شخص أو شخصان. (الحموي، التنقيح).

هذا وفي الحالة التي يزداد فيها بدل الإجارة ازدياداً فاحشاً يفسخها الحاكم لدى مراجعته ولو حكم بصحتها حاكم حنبلي لوقوعها في الأول بأجر المثل لأن الفسخ بزيادة الأجرة قد يكون حادثة أخرى لم يقع عليها حكم.وذهب بعض الفقهاء إلى أنه يعتبر في أجر المثل وقت العقد وعليه فالإزدياد في الأجرة الذي ذكر سابقاً لا يوجب الفسخ (الحموي، الأنقروي).

ولا يوجد في المجلة بحث في هذا الخصوص والمفتي به هو القول الأول (الحموي).

والزيادة الفاحشة عند بعض الفقهاء مقدار اثنين من عشرة وعند الآخرين مقدار النصف من البدل الأول.وقد قبل العلامة (البيري والحامدي) القول الثاني (الدر المختار، التنقيح).

مثال لو أجر متولي الوقف أرضاً له من آخر ثلاث سنوات اعتباراً من محرم السنة الفلانية بألف قرش سنوياً وهو أجر المثل ثم في ختام السنة الأولى ازداد أجر المثل للسنة الواحدة فصار ألفي قرش فله أن يفسخ الإجارة إلا أنه إذا لم يفسخها فليس على المستأجر أكثر من الألف.

المعاملة التي تجري بعد فسخ الأجارة بالزيادة الفاحشة: إذا فسخ المتولي أو القاضي إجارة الوقف للزيادة الفاحشة الحاصلة في الأجرة. فإن كان المأجور خالياً من المستأجر وقت الزيادة وكان كالدار والحانوت والأراضي القراح وغير ذلك عرضه المتولي على المستأجر الأول وكلفه باستئجاره مجدداً مع دفع الزيادة فإذا قبل بالزيادة الطارئة كان أحق به من غيره إذ بقبوله تلك الزيادة قد زال السبب الداعي للفسخ مع أن مدة الإجارة لم تزل باقية وتلزم تلك الزيادة من وقت قبولها لا من أول المدة السابقة للإجاره يعني أن المستأجر لا يدفع عن المدة السابقة لوقت الفسخ إلا الأجر المسمي.

أما إذا لم يقبل المستأجر فالمتولي يؤجره من آخر وإذا أنكر المستأجر زيادة أجر المثل وقال إن الإدعاء بالزيادة إضرار لزم إثبات أجر المثل ببينة لأن البينة على المدعي والقول للمنكر والأصل بقاء الشيء على حاله. راجع المادتين (٧٦ و ٥) (رد المحتار).

وإذا كان المأجور مشغولاً بملك المستأجر كأن كان أرضاً وفيها زرع له لم يدرك فلا يؤجر لغيره قبل حصاد الزرع سواء انقضت مدة الإجارة أو لا. وعلى ذلك فتضم الزيادة على المستأجر إلى وقت الحصاد ويلزم الأجر المسمى للمدة التي قبل وقت الزيادة.

وإذا كانت الأرض المأجورة مشغولة بأبنية المستأجر وغراسه وما إليها من الأشياء التي لا تعلم نهايتها فلا يؤجر من غيره ما دامت مدة الإجارة باقية وإنما تضم الزيادة عليه كالأرض المزروعة أما إذا كانت مدة الإجارة منقضية (فتؤجر مشاهرة إلى أن ينتهي الشهر).

فإذا قبلت الزيادة فعلى المتولي إيجاره من المستأجر الأول وإلاَّ فسخ الإجارة وتأجيره من غيره.

أما ضم الزيادة المذكور إيضاحه فإنما يكون فيما إذا قبل المستأجر به وإلاَّ هدمت الأبنية وقلعت الغراس وآجر المأجور من غير المستأجر (رد المحتار).

وما مر من حكم الزيادة الفاحشة في الوقف لا يجري في الملك ولو كان ليتيم مثلا لو أجر عقاراً مملوكاً له مدة سنة بمائة قرش شهرياً وفي الشهر الثالث ارتفع أجره المثل إلى ثلاثمائة قرش فليس له أن يفسخ الإجارة ويطلب زيادة عن مائة قرش في الشهر.

الأعذار التي لا توجب الفسخ:

١ - الضم على الأجرة.
٢ - التنزيل من الاجرة. وقد مر بيان هذين.
٣ - فسق المستأجر.

أي ليس للمؤجر أن يفسخ الإجارة إذا ارتكب المستأجر ما نهى عنه من المحرمات كما أنه ليس للجيران فسخها لأجله وإنما لهم أن ينهوه عن ارتكاب ذلك بالمعروف.

ولولي الأمر فقط إخراجه إذا توقفت المصلحة عليه.

٤ – إحتياج المؤجر إلى الدار المأجورة: كأن انهدمت داره التي يسكنها فاحتاج إلى سكنى تلك الدار أو دفع له ثمن كبير فيها فرغب في بيعها فليس له فسخ الإجارة (البزازية والهندية في الباب التاسع الأنقروي).

٥ – إرادة المؤجر ببيع المأجور لدين عليه: فلو أراد المؤجر بيع المؤجور لتأدية دين لاحق عليه فليس له فسخ الإجارة إلا أن له إذا لم يملك سواها أن يراجع الحاكم والحاكم يفسخ الأجارة فيبيعه ويؤدي دينه. إذ لو لم تفسخ على هذه الصورة لتضرر المؤجر المدين بالحبس سواء كان ذلك الدين ثابتاً بإقرار المؤجر أو لا. (أنظر شرح المادة (٧٨).

مستثنى: إذا كان بدل الإجارة الذي قبضه المؤجر يستغرق قيمته بأن كان ثمنه فيما لو بيع موازياً أجرته المعجلة فلا يباع (التنقيح). إذ للمستأجر كما سيجيء في شرح المادة (٤٤٣) أن يحبس المأجور لاستيفاء بدل الإيجار فلا فائدة من البيع.

٦ – الرغبة في الإشتغال في عمل آخر: لو أراد إنسان بعد أن أجر نفسه من آخر لعمل ما أن يترك ذلك العمل ويشتغل في عمل آخر فليس له أن يفسخ الإجارة «وإن كان ذلك العمل ليس من عمله وهو مما يعاب به كان له الفسخ» (الهندية في الباب التاسع عشر).

٧ – عثور المستأجر على حانوت أقل أجرة من المأجور: إذا عثر المستأجر بعد أن استأجر حانوتاً لعمل ما على حانوت آخر أقل أجرة منه أو أكثر اتساعاً فليس له أن يفسخ الإجارة ما لم يرد تعاطي عمل آخر ولا يمكنه ذلك في الحانوت المأجور فيكون له ذلك (التاتارخانية).

٨ – إذا استكرى جملا إلى محل فأراد بعد ذلك الذهاب على بغل فليس له فسخ الإجارة. (الهندية في الباب التاسع عشر).

٩ – إذا عزم المكاري على عدم الخروج للسفر فليس له فسخ الإجارة. إذ يمكنه إذا لم يتمكن من الذهاب بنفسه أن يبعث بخادمه. (مجمع الأنهر).

١٠ – إذا غاب المؤجر بعد تأجير عقاره فليس له فسخها. لأن المستأجر يمكنه الإنتفاع بالمأجور وإن غاب المؤجر (الهندية في الباب التاسع عشر).

١١ – موت من لا يكون عقد الإجارة واقعاً له ولو كان عاقداً: كما إذا توفي الحاكم أو الولي أو الوصي أو الوكيل أو المتولي بعد عقد الإجارة للصغير أو الموكل أو الوقف فلا تكون الإجارة منفسخة لأن المستحق والمستحق عليه لم يزالا باقيين (الزيلعي، والهندية) وكذا لا تنفسخ إذا كان المؤجر فضولياً وتوفي بعد أن أجيز الإيجار أما إذا توفي قبل الإجازة فالإجازة باطلة. (أنظر المادة

٤٤٧) وقد بني قول المادة ٤٤٣ (ولا تنفسخ الإجارة بوفاة المسترضع) على هذه المسألة الفقهية.

١٢ - إذا بلغ الصبي أثناء مدة الإجارة لماله المؤجر من قبل الأب، أو الوصي أو القاضي فليس له فسخ الإجارة أما إذا أجر الأب نفس الصبي لآخر وبلغ أثناء مدة الإجارة فله فسخها (الخانية).

١٣ - لا تفسخ الإجارة لأجل الكساء ووقوف الحال. أنظر شرح المادة (٤٧٩).

﴿المادة المادة ٤٤٢﴾ ولو ملك المستأجر عين المأجور بإرث أو هبة يزول حكم الإجارة.تنفسخ الإجارة على صور سبع:

١ - لو ملك المستأجر أثناء مدة الإجارة كل المأجور أو بعضه بإرث أو هبة صحيحة أو شراء صحيح أو فاسد وقبض يزول حكم الإجارة عن المقدار الذي يملكه إذ لا تلزمه الأجرة في مقابل إنتفاعه بما هو مملوك له.

مثلاً: إذا اشترى المستأجر أثناء مدة الإجارة المأجور فقد سقطت عنه الأجرة. كذلك إذا ملك بعضه فلا يبقى حكم للإجارة على ذلك البعض (البزازية في السابع في فسخها وابن انجيم).

وعليه فلو اشترى الأرض التي كان استأجرها من أحد وزرعها بالإشتراك مع آخر فالإجارة تنفسخ عن حصته بحكم الملك وعن حصة الشريك بالرضاء بقصد البيع ويبقى الزرع لوقت الحصاد ويعطى للشريك نصف أجر المثل لتلك الأرض (الأنقروي). ولعله إذا جدد العقد على الأصول المشروعة يلزم أجر المثل وإلاَّ فلا يلزم شيء ما لم يكن معداً للإستغلال أو مال يتيم أو وقف.

كذلك لو باع المؤجر ثلث المأجور من المستأجر تنفسخ الإجارة عن الثلث ولا يبقى لها حكم. أما إذا تملك المستأجر المأجور بعد مرور مدة الاجارة فيلزمه تأدية الأجر. كما لو تملك داراً مؤجرة له مدة سنة بعد مضي ستة أشهر من مدة الاجارة فيلزمه أداء ما يلحق تلك المدة الماضية من الأجر. أما بدل الأشهر الآتية فلا تلزمه تأديته.

٢ - تنفسخ الإجارة عن الأموال الثلاثة التي مر ذكرها في المادة السابقة فيما لو أجرت بغبن فاحش.

٣ - تنفسخ الإجارة عن الوقف إذا ازداد بدلها ازدياداً فاحشاً وفسخها المتولي والقاضي كما مر أيضاً.

٤ - سيجيء في المادة الآتية.

﴿المادة ٤٤٣﴾ لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة مثلاً لو استؤجر طباخ للعرس ومات أحد الزوجين تنفسخ الإجارة. وكذلك من

كان في سنه ألم وقاول الطبيب على إخراجه بخمسين قرشاً ثم زال الألم بنفسه تنفسخ الإجارة وكذلك تنفسخ الإجارة بوفاة الصبي أو الظئر ولا تنفسخ بوفاة المسترضع.

قوله (لاجراء موجب العقد): أي العمل بمقتضى عقد الإجارة، وموجب بصيغة اسم المفعول.

قوله (لو حدث عذر مانع): كان لا يبقى محل لإجراء موجب العقد. إن المادة (٥٨٠) فرع لهذه المادة كما ستعلم في شرحها.

لذلك المانع أنواع عدة:

النوع الأول: إذا كان باستيفاء المعقود عليه ضرر بالنفس أو المال فتفسخ الإجارة. لأنه لما كانت المنافع غير مقبوضة وذلك العذر بمنزلة العيب في البيع قبل القبض فقد جاز فسخها لأجل العذر (الزيلعي).

تفسخ الإجارة إذا استلزمت ضرراً ليس من مقتضى العقد. إذ لا يجوز تحميل أحد العاقدين ضرراً لا يقتضيه عقد الإجارة. (راجع المادة ١٩) ويتفرع عن هذا بعض مسائل نذكرها فيما يلي:

١ - للأجير فسخ الإجارة إذا كانت مما تؤدي إلى استهلاك العين بدون عوض. كما لو استؤجر خطاط لكتابة كتاب على أن يكون الورق والحبر منه فله أن يفسخ الإجارة ويمتنع عن كتابة الكتاب الذي كلف به (الهندية).

٢ - للقاضي أن يفسخ الإجارة إذا علم أن مستأجر أرض الوقف ينكر كونها وقفاً واشتبه في أنه يريد ضياع الوقف ليتملكه (التنقيح).

لو استؤجر طباخ لطبخ طعام العرس فتوفي أحد الزوجين أو تخالعا انفسخت الإجارة. ولا حاجة لفسخها من أحد الطرفين لأنه قد امتنع بذلك إجراء موجب العقد ولأن الإجارة تنفسخ بطبعها إذا كان المستأجر المتوفي هو الزوج ولأنه لو استوفي المعقود عليه والزوجة هي المتوفية لكان لغير ما عقد لأجله العقد وفي ذلك مما يوجب أن يلحق الضرر بمال الزوج (الدرر).

كذلك تنفسخ الإجارة ولو لم يتوف أحد الزوجين إذ لا يجبر الإنسان على إتلاف ماله وإطعام من لا يحمدونه بل يلحقون به ضرراً (الشرنبلالي).

٤ - إذا استأجر بناء للبناء أو حراثاً للزراعة ثم ندم على ذلك فله فسخ الإجارة لأن بقاء العقد موجب لإتلاف ماله.

هذا الشرح ليس منافياً للمجلة إذ يفيد قولها (تنفسخ الإجارة) إن الأعذار المذكورة أعذار تجعلها تنفسخ بنفسها.

٥ - إذا استأجر بناء لهدم بناء له ظن فيه خللاً ثم ظهر أنه لا خلل فيه فالإجارة منفسخة وله أن يفسخها للسبب الذي مر آنفاً (الهندية في الباب التاسع عشر).

٦ - إذا استأجر حيواناً ليركبه إلى محل كذا ولما بلغ نصف طريقه مرض ولم يكن له قدرة على التقدم إنفسخت الإجارة وعليه أن يدفع أجرة المسافة التي قطعها.(النتيجة) وهذه الحصة تعين بين حزن الطريق وسهلها لا بالمساحة والساعة.

٧ - إذا استكرى دابة لنقل أمتعته عليها إلى بلد كذا وبينما هو في الطريق إذ خرج عليه قطاع الطرق فنهبوا أمتعته وسلم الدابة لصاحبها فالإجارة منفسخة إلا أن عليه أن يدفع أجرة المسافة التي قطعها وإذا دفع لصاحب الدابة زيادة عنها إسترد الزيادة (الفيضية، النتيجة).

٨ - وكذلك إذا كان في سنه ألم وقاول الطبيب على إخراجه بخمسين قرشاً ثم زال الألم بنفسه «الدر المحتار» إذ لو لم تنفسخ تلك الإجارة وقلعت السن التي زال الألم منها لكان فيه من الضرر على نفس المستأجر ما فيه وهو غير جائز شرعاً وعقلاً. على أن له فسخها وإن لم يزل الألم لأن الإنسان لا يجبر على إتلاف جسد إذ قد يحصل للثة ضرر من جراء إخراج السن «الشرنبلالي».

٩ - إذا استأجر جراحاً لقطع ما ظهر في عضو من أعضائه من القروح الآكلة - كالسرطان - ثم عزم على عدم القطع كان ذلك عذراً موجباً لفسخ الإجارة (الهندية في الباب التاسع عشر).

١٠ - إذا استأجر إنساناً لحفر بئر معلوم الطول والعرض والعمق فحفر مقداراً منه ثم ظهر فيه صخر لا يمكن قطعه فالإجارة منفسخة وعليه أن يدفع ما يصيب المقدار المحفور من الأجر المسمى (النتيجة).

١١ - كذلك تنفسخ الإجارة إذا توفيت المرضع أو الولد الذي ترضعه بخلاف ما لو توفي المسترضع فإنه لم يستأجر المرضع لنفسه وإنما استأجرها لغيره فلا تنفسخ الإجاره بوفاته وفي هذا حكمان:

الحكم الأول: إنفساخ الإجارة بوفاة الولد أو المرضع.

الحكم الثاني: عدم إنفساخ الإجارة بوفاة المسترضع وقد صار بيان ذلك في الفقرة «١١» من «شرح المادة ٤٤١».

فعلى ذلك لو استؤجرت مرضع مدة سنتين فتوفي الولد بعد مرور سنة فلا تأخذ إلا أجرة سنة «الأنقروي». كذلك تسقط نصف أجرة المرضع فيما لو استؤجرت لإرضاع ولدين فتوفي واحد منهما وليس للمستأجر أن يأتي لها بصبي آخر عوضاً عن المتوفي «الهندية».

١٢ - إذا مرض من استأجر أرضاً ليزرعها وأصبح عاجزاً عن زرعها فإن كان ممن يزرع ويفلح بنفسه فله أن يفسخ الإجارة وإلا فلا. أما إذا استأجرها ليزرعها فعدل عنها إلى غيرها فليس له الفسخ «الهندية في الباب التاسع عشر، الأنقروي».

١٣ - إذا استأجر حصادين للحصاد فتلف الزرع بافة سماوية كنزول برد واجتياح جراد انفسخت الإجارة أنظر المادة (٥٨٠). وعلى ذلك فلو فسخت الإجارة قبل تمام مدتها فعليه أجرة المدة التي مرت فقط لآكلها. كذلك إذا استؤجر شيء سنة بمقابل خمسين كيلة حنطة وفسخت الإجارة بعد مرور ستة أشهر فيلزم المستأجر نصف بدل الإجارة فقط وهو خمس وعشرون كيلة (علي أفندي).

١٤ - إذا استأجر دابة ليركبها إلى المحل الفلاني فعدل عن الذهاب إلى ذلك المحل أو أراد الإقامة في منتصف الطريق عندما وصله فله أن يفسخ الإجارة. وعليه في الحال الأخيرة أجرة المسافة التي قطعها بالنسبة إلى المسافة الباقية سهولة وصعوبة. وسيصير تعيين بيان ذلك في شرح المادة (٤٤٥).

١٥ - إذا أجر الولي أو الوصي ومن كان في مرتبتهم الصبي الصغير فبلغ سن البلوغ فله إذ ذاك أن يفسخ الإجارة ولا تفسخ الإجارة بوفاة الولي أو الوصي أو نحوهما (البزازية الأنقروي) وقد مر ذلك في شرح المادة (٤٤١).

١٦ - إذا اشترى شيئاً فأجره من آخر فظهر فيه عيب قديم فسخ الإجارة ورده على البائع بخيار العيب (راجع المادتين ٢٠ و ٢٧).

النوع الثاني: إفلاس المستأجر.كما إذا استأجر إنسان حانوتاً لأجل التجارة وأفلس فله أن يفسخ الإجارة. كما لو استأجر خياط يشتغل في ماله حانوتاً فأفلس فله فسخ الإجارة. أما إذا استأجره على أن يشتغل في الخياطة فلا تفسخ الإجارة بإفلاسه ما لم يكن إفلاسه ناشئاً عن عدم وجود من يعطيه شغلاً لأن الخيانة ظهرت عليه (رد المحتار).

النوع الثالث: تنفسخ الإجارة بفوت الغرض المقصود منها.

فلو استكرى إنسان دابة إلى بلد لاستيفاء دين له على رجل فيها فحضر المدين بنفسه بعد ذلك فالإجارة منفسخة (الهندية).

ولاحتياج الإجارة التي تفسخ بعذر إلى حكم الحاكم أو عدمه وضعت القاعدة الآتية:

القاعدة: إذا ظهر عذر موجب لفسخ الإجارة فإن كان ظاهراً فسخت بلا حكم حاكم وإن كان غير ظاهر كزوال ألم السن ووفاة أحد الزوجين ووقوع المخالعة بينهما فلا تفسخ إلا بحكم الحاكم أو برضاء المؤجر كالدين الذي يثبت بإقراره. حتى أنه إذا باع المؤجر في هذه الحال المأجور قبل الحكم فلا يكون جائزاً لأنه يتوقف على الحكم للإختلاف الحاصل في جواز فسخ الإجارة كما أن الرجوع عن الهبة موقوف على الحكم والقضاء (التنقيح ورد المحتار).

فائدة: في الفروق بين البيع وبين الإجارة.

في الأوجه الآتية فرق بين البيع وبين الإجارة:

أولاً : ليس لأحد الطرفين في البيع النافذ اللازم كما هو في المادة (٣٧٥) الرجوع بعد انعقاد العقد أما الإجارة فتنفسخ بما مرَّ من الأعذار (أشباه).

ثانياً : يجوز فسخ الإجارة بالعيب الذي يحدث بعد القبض أما فسخ البيع بذلك فغير جائز بمقتضى المادتين (٣٣٩ و ٣٤٠).

ثالثاً : وفاة أحد العاقدين موجبه لفسخ الإجارة بخلاف البيع.

رابعاً : يملك البائع العوض بمجرد العقد بخلاف المؤجر فلا يملك العوض ما لم يكن تحته تعجيل أو شرط للتعجيل أو استيفاء للمنفعة أو تمكن من استيفائها. أنظر المادة (٤٦٦).

خامسا : التوقيت مفسد للبيع بخلاف الإجارة فمصحح لها (الحموي، الأشباه).

سادساً : يدخل حق الشرب والطريق في الإجارة بخلاف البيع فلا يدخل فيه ما لم يذكر (أنظر شرح المادة (٤٥٤)).

سابعاً : إذا استأجر شيئاً استئجاراً فاسداً فآجره من آخر إيجاراً صحيحاً فالإجارة الثانية صحيحة إلا أن للمؤجر الأول وقد فسدت الإجارة الأولى نقض الإجارة الثانية واسترداد المأجور بخلاف البيع. (أنظر المادتين ٣٧٢ و ٥٨٨ وشرحيهما).

ثامناً : لا تنفسخ الإجارة فيما إذا احترقت الدار المأجورة (أنظر شرح المادة ٤٧٨) بخلاف البيع فإنه ينفسخ بتلف المبيع قبل القبض.

تاسعاً : ليس للمشتري فسخ البيع إذا ظهر المبيع معيباً بعد القبض ما لم يرض البائع أو يحكم الحاكم بفسخه بخلاف المستأجر فله أن يفسخ الإجارة إذا ظهر في المأجور عيب قبل القبض أو بعده ولا حاجة لرضاء المؤجر أو قضاء القاضي.

٥ - تنفسخ الإجارة إذا توفي من كانت واقعة له بدون حاجة للفسخ وقد بني على هذا قول المادة (تنفسخ الإجارة بوفاة الصبي) ولا فائدة في إجازة الوارث لهذه الإجارة لأن الملك بالوفاة ينتقل للوارث فتصبح المنفعة من ذلك الحين ملكاً له وهو ليس بعاقد ولا راضٍ بالعقد والمستأجر إنما يتعلق حقه بالمنفعة وهي لم تبق بوفاة المورث للوارث (الزيلعي). الا أن للوارث أن يجدد هذه الإجارة إذا طلب الوارث أجرة من المستأجر وسكت المستأجر وبقي في الدكان لزمه الأجر المسمى.

مذهب سائر الأئمة : الإجارة عند **الأئمة الثلاثة**: **لا تنفسخ** الإجارة بوفاة أحد العاقدين كما لا تنفسخ بوفاتهما لأنها عقد كالبيع والبيع لا ينفسخ بعد الإنعقاد فيما لو توفي البائع أو المشتري أو الإثنان معاً.

وعليه فإذا توفي المؤجر قام وارثه مقامه في أخذ الأجرة كما يقوم وارث المستأجر مقامه في استيفاء المنفعة من نفس المأجور.

وفي الواقع إذا انتقل المأجور بوفاة الإيجار إلى ورثته ولم يرضوا بعقد الإجارة فيعد بقاء حكم العقد ذا ضرر مسلوب المنفعة مدة الإجار. وذلك كانتقال العين التي أوصى المالك بمنفعتها إلى الورثة مسلوبة المنفعة على الوجه السابق وقد يقال لا ضرر يلحق بالورثة. إذ قد يأخذون بدل الإجارة.

ملاحظات : يجب أن يحكم في المسائل التي لم تكن موجودة في المجلة بالمذهب الحنفي وعليه فيحكم بانفساخ الإجارة لوفاة أحد العاقدين أو وفاتهما معاً لأن القضاة منذ تأسيس الدولة العثمانية مأمورون بالحكم بالمذهب الحنفي. ولو كانوا من المقلدين لمذهب من المذاهب الأخرى ما داموا في محاكمها. وهناك مسألة جديرة بالتأمل هي معرفة المذهب الذي سيكون في المستقبل أكثر موافقة لروح العصر وللناس في معاملاتهم ليرجح عن غيره بإرادة سنية وقد يتولد من انفساخ الإجارة بوفاة أحد العاقدين أضرار جمة.

كما لو استأجر تاجر عمارة كبيرة من آخر بخمسة آلاف جنيه وبعد أن استلمها وأتم لوازمه فيها وشرع في معاطاة أشغاله توفي المؤجر.فإذا لم يوافق وارث المؤجر على تجديد الإجارة فقد يلحق المستأجر بإخلاء تلك العمارة ضرر جسيم. كذلك لو فرضنا في هذه المسألة بقاء الإجارة مع وفاة المستأجر ولم يكن له من وارث يمكنه إدارة أمور التجارة كأن يكون ولداً رضيعاً فإن إعطاء ذلك البدل العظيم في هذه الحال ضرر كبير أيضاً.

قد نشر في شعبان سنة ١٢٨٤ قانون سند المقاولة وقد صرح في مادته الأولى بفسخ الإجارة لوفاة أحد العاقدين إلا أن قانون إيجار العقار الذي كان مرعي الإجراء منذ ١٠ ربيع الأول سنة ٢٩١ يقول في مادته الواحدة والعشرين (إذا ادعى بانفساخ الإجارة لوفاة أحد العاقدين أو وفاتهما معاً فلا يسمع).

وقد نشر بعد هذا القانون قانون ثالث لايجار العقار لم يأت فيه ذكر لهذه المادة ولم يذكر شيئاً عن انفساخ الإجارة أو عدمه لوفاة أحد العاقدين. ومما مر نعلم أن الدولة العثمانية قد أخذت في هذه المسألة في أول الأمر بقول الإمام أبي حنيفة ثم بقول الشافعي ثم تركتها في المرة الثالثة فلم تذكرها كأنها رأت أن الأنسب فيها أن تجرى على أحكام المجلة والكتب الفقهية.

أمثلة : لانفساخ الإجارة بوفاة أحد العاقدين:

أولاً : إذا استأجر داراً من آخر سنة فالإجارة منفسخة بوفاة أي واحد منهما.

ثانياً : إذا استأجر عقاراً ثم آجره ثم توفي فالإجارتان منفسختان (التنقيح).

ثالثاً : إذا كان المستأجر اثنين وتوفي أحدهما فالإجارة منفسخة عن صحة المتوفي فقط لأن الشيوع الطارئ لا يفسد عقد الإجارة (راجع المادة ٤٣٠) (الهندية في الباب الثامن).

مستثنى : إذا توفي مؤجر السفينة في عرض البحر ومؤجر الدابة أثناء الطريق لا تنفسخ

الإجارة إلا بعد الوصول إلى مكان أمين لأن الأعذار كما تؤثر في نقض الإجارة تؤثر في بقائها (أنظر المادة ٤٨٠) وإذا استؤجرت أرض للزراعة وتوفي أحد العاقدين ولما تنته مدة الإجارة ولما يدرك الزرع بقيت الإجارة إستحساناً بالأجر المسمى إلى انقضاء المدة (البزازية) (أنظر شرح المادة ٥٢٦) وهو بخلاف ما إذا انقضت المدة وفيها زرع فإنه يترك في يده بأجر المثل (الهندية في الباب التاسع عشر).

رابعاً : إذا بقي المستأجر ساكناً في المأجور بعد وفاة المؤجر فلا تلزمه الأجرة على قول ولو كان المأجور معداً للإستغلال ما لم يكن ذلك بعد مطالبة وارث المؤجر له بالأجرة (أنظر المادة ٤٧٨) وتلزمه على قول آخر لأن بقاء المستأجر ساكناً بعد وفاة المؤجر رضاء بحكم الإجارة (أنظر شرح المادة ٤٣٣).

٦ - تنفسخ الإجارة بتلف المعقود عليه.

مثلاً : إذا استأجر دابة معينة فتلفت انفسخت الإجارة. أما إذا كانت الدابة المستأجرة غير معينة فلا تنفسخ. وعلى المؤجر أن يعطي المستأجر غيرها حتى يصل إلى المكان المقصود (أنظر المواد ٥٣٨ و ٥٣٩ و ٥٤٠) (الهندية، رد المحتار).

٧ ـ تنفسخ الإجارة بالإقالة. والإقالة في الإجارة كالإقالة في البيع (راجع المادة ١٩٠) والمواد التي تتلوها.

فلو استأجر عقاراً من أحد الناس ثم اجره من آخر ثم تقايلا الإجارة فكما تنفسخ الإجارة الأولى تنفسخ الإجارة الثانية (لأن الإجارة بيع المنافع وهي تحدث شيئاً فشيئاً فالمستأجر يملك منفعة يوم بيوم فهي باقية على ملك المالك فيصح التقايل بينه وبين المستأجر لأنه لم يملك المستقبلة وإذا انفسخت بالإقالة لم يبق له حق فيما يحدث من المنافع في كل يوم بيوم فانفسخت الإجارة الثانية لأنها مبنية على الأولى) (الحامدية، ابن نجيم).

وإذا كان المؤجر اثنين والمستأجر واحداً وفسخ أحد المؤجرين الإجارة فالفسخ في حصته لا غير (البزازية). كما لو استأجر داراً من شريكين ثم سلم مفتاحها إلى أحدهما انفسخت الإجارة في حصة الشريك المستلم فقط (راجع شرح المادة ٣).

ولو تقايل المتولي والمستأجر الإجارة نفذت الإقالة على الوقف إذا كانت الأجرة غير مقبوضة حين الإقالة أما إذا كانت مقبوضة فلا تنفذ عليه (الأنقروي، البزازية في الباب السابع في فسخها) وليس الفسخ بشرط الخيار كالإقالة أي أن المتولي إذا أجر عقاراً من آخر على أن له الخيار في الفسخ مدة ثلاثة أيام وفسخها ينفذ قبل مرور المدة المذكورة كان نافذاً على الوقف وصحيحاً (الأنقروي في إجارة الوقف).

تتفرع عن الإقالة في الإجارة الأحكام الآتية:

أولاً : إذا استؤجرت دار على أن يدفع بدلها ذهباً فدفعه المستأجر نقداً فضياً برضاء المؤجر

فإذا فسخت الإجارة فللمستأجر أن يسترد الأجرة ذهباً (راجع المادة ١٩٦). إلا إذا كانت الإجارة فاسدة فيستردها فضة كما أعطاها (البزازية في الثاني في ما يكون فسخاً).

ثانياً : إذا اشترى المؤجر شيئاً من المستأجر مقابل الأجرة ثم تعذر القيام بالعمل ولزمه رد الأجرة فيردها نقداً لا عين ما استلم (الهندية).

ثالثاً : لا تنفسخ الإجارة وقد قال المستأجر للمؤجر بع المأجور فأجابه (بنعم) إذا هو لم يبعه. (البزازية قبيل مسائل العذر).

رابعاً : إذا استؤجرت أرض للزراعة وبعد أن زرعت ولما يدرك الزرع فيها فسخ المؤجر والمستأجر الإجارة فعلى المستأجر أن يقلع الزرع ويسلم الأرض للمؤجر ولا صلاحية له في إبقاء الزرع لحين إدراكه قياساً على المادة ٥٢٦ على أن يؤدي أجر المثل «لأنه رضي به المستأجر حيث أقدم على الفسخ اختياراً» (البزازية).

خامساً : للمستأجر حبس المأجور إذا فسخت الإجارة بسبب ما أو انفسخت ولم يستوف من المنفعة مقدار ما أدى سلفاً من الأجرة لحين استيفائه سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة. وإذا توفي المؤجر والمأجور في يد المستأجر فهو أحق به من سائر الغرماء وعليه فيباع المأجور حينئذ ويؤدي ما للمستأجر من البدل بتمامه ويوزع ما بقي على الغرماء. إلا أن المأجور لا يحبس إذا كان وقفاً.

وكذلك إذا توفي المؤجر قبل أن يستلم المستأجر المأجور أو انتهى حكم الإجارة بانقضاء مدتها فليس له احداث يده على المأجور لاستيفاء ما دفعه من الأجرة سلفاً وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة (رد المحتار، الأنقروي، البزازية في الثاني من مسائل الشيوع).

فعلى ذلك إذا تلف المأجور الذي يلزم على المستأجر إمساكه بلا تعد ولا تقصير فلا يسقط دينه ولا يقاس ذلك من كل وجه على الرهن (رد المحتار، البزازية).

سادساً : إذا استأجر داراً بمقابل دين له على صاحبها فله أن يحبسها إذا فسخت الإجارة حتى يستوفي دينه ويكون أحق من سائر الغرماء ما لم تكن الإجارة فاسدة (البزازية في موت أحد العاقدين، الهندية قبيل الباب الثالث، الأشباه).

سابعاً : إذا استأجر من مدينه داراً وتقاصا ببعض الدين فقط ومضت مدة الإجارة كلها فليس له حبس المأجور بسبب الدين الباقي وإن فعل وتلف المأجور في يده كان ضامناً ضمان الغاصب.

ثامناً : إذا فسخت الإجارة بالتخيير انفسخت (أنظر المواد ٤٩٧ و ٥٠٧ و ٥١٣).

الفصل الثاني

في شروط انعقاد الإجارة ونفاذها

شروط الإجارة أربعة: شرط الإنعقاد، شرط النفاذ، شرط الصحة، شرط اللزوم.

شرط الإنعقاد ستة أنواع:

النوع الأول: يرجع إلى العاقد وهو عبارة عن أهلية العاقدين (أنظر المادة ٤٤٤).

النوع الثاني: يرجع إلى العقد وهو عبارة عن جعل الإيجاب والقبول **موافقاً** (أنظرالمادة ٤٤٥).

النوع الثالث: يرجع إلى المكان وهو عبارة عن اتحاد المجلس (انظر المادة ٤٤٥).

النوع الرابع: يرجع إلى بدل الإجارة وهو عبارة عن صيرورة البدل المذكور ملكاً لذلك لا تكون الإجارة صحيحة إذا جعل بدلها ميتة أو إنساناً حراً (أنظر شرح المادة ٤٥١).

النوع الخامس: يرجع إلى المأجور وهو أن يكون مالاً متعارفاً إيجاره (أنـظر شرح المادة ٤٥١).

النوع السادس: يرجع إلى المنفعة وهو عبارة عن أن تكون المنفعة مقصودة من العين في نظر الشرع الشريف ونظر العقلاء (أنظر شرح المادة ٤٠٥) والا يفرض العمل الذي تقع عليه الإجارة نفس الأجير.

شرط النفاذ ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الملك أو الولاية. (أنظر المادتين ٤٤٦ و٤٤٧).

النوع الثاني: أن لا يكون هناك تعلق لغير المؤجر فلذلك إذا استؤجرت دار مدة معلومة ثم أجرت بعينها لآخر فالإجارة الثانية غير نافذة (أنظر المادة ٥٨٩).

النوع الثالث: وجود شرطي الصحة والإنعقاد.

شرط الصحة ستة أنواع:

النوع الأول: رضاء العاقدين (أنظر المادة ٤٤٨).

النوع الثاني: تعيين المأجور (أنظر المادة ٤٤٩).

النوع الثالث: تعيين الأجرة (أنظر المادة ٤٥٠).

النوع الرابع: تعيين المنفعة (أنظر المادة ٤٥١).

النوع الخامس: أن يمكن استيفاء المنفعة (أنظر المادة ٤٥٧).

النوع السادس: وجود شرط الإنعقاد.

وشروط اللزوم نوعان:

النوع الأول: وجود شروط الإنعقاد والنفاذ والصحة لأن الإجارة التي لا تكون منعقدة لا تكون لازمة.

النوع الثاني: أن تكون الإجارة خالية من أحد الخيارات ولذلك فالتي يكون فيها أحد الخيارات لا تكون لازمة (أنظر المادتين ٤٠٦ و ٣٦٧).

﴿المادة ٤٤٤﴾ يشترط في انعقاد الإجارة أهلية العاقدين يعني كونهما عاقلين مميزين.

لذلك لا تنعقد إجارة المجنون والصبي غير المميز كالبيع ومادة ٤٥٨ فرع لهذه المادة (أنظر المواد ٣٦١ و ٩٥٧ و ٩٦٦).

أما البلوغ فلا يشترط في نفاذ الإجارة ولذلك لو آجر الصبي العاقل ماله من آخر وكان مأذوناً فإيجاره نافذ (أنظر المادة ٩٦٧) (الهندية).

كذلك لو آجر الصغير الذي لم يكن مأذوناً نفسه من آخر،وأوفى العمل استحق الأجرة لنفسه ما لم يهلك وهو في يد المستأجر فيعد المستأجر غاصباً وضامناً لتشغيله إياه بدون إذن وليه ولهذا لا تلزمه الأجرة (أنظر المادة ٨٦).

إيجار المريض: لا تشترط صحة المؤجر ولذلك لو آجر وهو في مرض موته مالاً له من آخر بأقل من أجرة المثل فالإجارة نافذة في كل ذلك المال لا في ثلثه فقط لأن إعارته وهو في مرض موته جائزة فكذا إجارته جائزة ولا يشترط في انعقادها ونفاذها المؤجر طائعاً متعمداً وإنما ذلك من شروط الصحة فقط (الهندية، البزازية، الأنقروي).

﴿المادة ٤٤٥﴾ يشترط موافقة الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد في الإجارة كما في البيوع.

ينطبق على الإيجاب والقبول في الإجارة كل ما ينطبق عليهما في البيع من الأحكام والمسائل (رد المحتار).

موافقة الإيجاب والقبول: يجب أن يكون القبول بما يوجبه الموجب فى إيجابه عيناً وليس للذي

يقبل أن يغير المأجور أو المدة أو يفرق المنفعة أو يبعضها أو يبدلها بشيء ما.

وإذا كان الإيجاب واحداً والمأجور متعدداً فلا يكون القابل مخيراً في تفريق الصفقة وإنما له أن يقبل به جميعاً بما سمي من البدل.

إتحاد المجلس : إتحاد مجلس العقد شرط سواء أكان اتحاداً حقيقياً كأن يقول المؤجر آجرتك والمستأجر يقول قبلت في مجلس واحد. فلا تنعقد الإجارة إذا قيل الإيجاب في مجلس والقبول في آخر أو كان حكمياً كأن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة أو الرسالة (أنظر شرح المادة ٤٣٦).

ويكون القابل مخيراً في القبول بعد الإيجاب حتى انفضاض المجلس فإن شاء قبل وإن شاء رد وهذا يقال له (خيار القبول) وكذلك الموجب قبل القبول فإن شاء ثبت على إيجابه وإن شاء رجع عنه وقد كان الحكم في البيوع على هذه الصورة.

﴿المادة ٤٤٦﴾ يلزم أن يكون الآجر متصرفاً بما يؤجره أو وكيل المتصرف أو وليه أو وصيه.

الملك أو الولاية وعدم تعلق حق الغير بالمأجور شرط في نفاذ الإجارة.

إيضاح الملك أو الولاية:

يلزم أن يكون الآجر (١) متصرفاً بما يؤجره (٢) أو وكيلاً عن المتصرف (٣) أو وصياً أو ولياً له كالأب والقاضي (٤) أو متولياً على ذلك المال (٥) أو مستأجراً من المتصرف.

لذلك كان إيجار الفضولي موقوفاً (أنظر المادتين ٩٦ و ٣٦٥) والمادة الآتية فرع لهذه المادة.

١ - الملك: الملك نوعان:

النوع الأول: ملك الرقبة وهذا ظاهر.

النوع الثاني: ملك المنفعة فلو آجر المستأجر من المتصرف المأجور الذي لا يختلف استعماله باختلاف المستعملين من آخر مدة الإجارة، كان إيجاره نافذاً وليس له أن يؤجره أكثر من هذه المدة (أنظر المواد ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨) (الهندية).

وكذلك إيجار المتصرف بمستغلات الوقف أو الأراضى الأميرية من هذا القبيل.

٢ - الولاية ستة أنواع:

النوع الأول: الوكالة (أنظر المادة ١٤٥٩)

النوع الثاني: ولاية الأب: فلأب الصغير إيجار مال الصغير لآخر وإذا بلغ الصغير اثناء الإجارة سن الرشد فليس له فسخها (أنظر المادة ٤٠٦) وكما للأب أن يؤجر نفسه أو ماله لولده الصغير فله أن يستأجر لنفسه مال الصغير ونفسه (البرازية، الهندية).

كذلك للأب أن يؤجر ولده الصغير من آخر للأعمال التي له مقدرة على القيام بها الا أن للصغير فسخ الإجارة إذا بلغ (البزازية، الأنقروي) لأن ما يقوم به بحكم الإجارة وهو صغير قد يعد مخلاً بشرفه إذا تعاطاه وهو كبير.

النوع الثالث: ولاية الوصي ووصي الأب في الأحكام المذكورة كالأب.

النوع الرابع: ولاية الجد: فإذا لم يكن للصغير أب أو وصي أب فجده أبو أبيه فيما ذكر من الأحكام. كالأب ويؤخذ من هذا أن الأب ووصي الأب يقدمان على الجد (أنظر المادة ٩٧٤).

النوع الخامس: ولاية من يقوم على تربية الصغير وحجره إذا لم يكن للصغير أب أو وصي لأبيه أو جدٌ لأبيه فلمربيه أن يؤجر نفسه من آخر دون أمواله.

النوع السادس: ولاية القاضي: إذا لم يكن للصغير أب أو وصي عنه أو جد لأبيه أو وصي أو ولي خاص فللقاضي أو أمينه أن يؤجر ماله من عقار ومنقول لأن لهما بيع مال الصغير فالأولى أن يكون لهما حق إيجاره.

النوع السابع: ولاية المتولي: فإيجار المتولي للوقف صحيح وإذا لم يكن الموقوف عليه متولياً أو ناظراً على الوقف وآجر مال الوقف فإيجاره غير صحيح حتى لو آجر الموقوف عليه مال الوقف وإذن للمستأجر بعمارته فعمره فالمستأجر متبرع. وكذلك لو كان لوقف متوليان وآجره أحدهما بدون علم الآخر فالإيجار موقوفاً على إجازة المتولي الثاني. وكذلك الحكم في الوصيين (النتيجة، الأنقروي، الهندية).

إيضاح لتعلق حق الغير: إذا تعلق في الإجارة حق للغير كان نفاذها متوقفاً على إجازة ذلك الغير وعلى هذا فلا تكون الإجارة التي في المادة ٥٨٩ نافذة كما يتوقف إيجار الراهن للمرهون على إجازة المرتهن.

﴿المادة ٤٤٧﴾ تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة المتصرف وإن كان المتصرف صغيراً أو مجنوناً وكانت الأجرة أجرة المثل تنعقد إجارة الفضولي موقوفة على إجازة وليه أو وصيه لكن يشترط في صحة الإجارة قيام وبقاء أربعة أشياء: العاقدين، والمال المعقود عليه، وبدل الإجارة إن كان من العروض وإذا عدم أحد هؤلاء فلا تصح الإجازة.

راجع المادة السابقة مع المادة ٣٦٨ والإجارة تفيد الحكم عند الإجازة (أنظر المادة ٣٧٧).

الإجازة أربعة أقسام:

١ - تكون حقيقية: كأن يجيز المالك والمتصرف قبل أن يستوفي المستأجر شيئاً ما من المنفعة فتكون الإجارة نافذة والأجرة للمالك.

٢ - تكون حكمية كأن يغصب إنسان مالاً وبعد أن يؤجره من آخر يظهر أنه مالك له فالإجازة نافذة (الهندية) والإجازة تكون قولاً كأجزت وأعطيت الإجازة.

وتكون فعلاً كطلب بدل الإيجار من المستأجر.

ويستفاد قوله (وكانت الأجرة أجرة المثل) من الفقرة الإستثنائية الواردة في المادة ٤٤١ وإذا شاء فسخ وفي هذا الحال تكون الإجارة منفسخة. فلو سمع إنسان بإيجار داره فقال أنا لا أجيز يكون قد فسخ الإجارة ولا يجوز الفسخ بعد الإجازة ولا تعتبر الإجازة بعد الفسخ (راجع المادة ٥١) (الهندية، البزازية).

إلا أنه يشترط كما سبق في المادتين ٣٧٨ و ٣٧٩ في صحة الإجازة قيام وبقاء أربعة أشياء:

(١) الآجر الفضولي (٢) المستأجر (٣) المالك أو وصيه أو وليه أو المتولي (٤) المعقود عليه أي المنفعة. وبدل الإجارة إن كان من العروض فإذا انعدم أحد هذه الأشياء فلا تصح الإجازة (الهندية، البزازية).

فقيام العاقدين والمالك: هو أن يكونوا على قيد الحياة وقيام بدل الإجارة إذا كان من العروض أن يكون موجوداً. مثال فلو توفي المؤجر الفضولي قبل أن يجيز المالك الإجارة بطلت والإجازة بعد ذلك غير صحيحة وقيام المنفعة المعقود عليها يكون بعدم مرور مدة الإجارة وشرط قيام المنفعة هنا لأن المبيع في الإجارة هي المنفعة فكما اشترط في صحة إجازة بيع الفضولي قيام المبيع اشترط في الإجارة قيام المنفعة ولانعدام المنفعة وجهان:

الوجه الأول: مرور مدة الإجارة كلها: كما لو أجاز صاحب الشيء المغتصب إيجار الغاصب له شهرين من غرة محرم إلى نهاية صفر بعد انقضاء مدة الأجارة.

الوجه الثاني: مرور بعض مدة الإجارة: كما لو أجاز المالك الإجارة المذكورة بعد انتهاء شهر محرم فلا تكون الإجازة في الوجه الأول صحيحة وتكون الأجرة للغاصب لأنه هو العاقد (الخانية، الهندية).

أما في الوجه الثاني فعلى رأي أبي يوسف تعود أجرة ما قبل الإجازة وما بعدها للمالك وعلى رأي الإمام محمد أجرة ما بعدها فقط.

إختلاف: إذا ادعى المالك أنه قد أجاز إيجار الغاصب قبل انقضاء مدة الإجارة فلا يصدق بدون بينة وإذا ادعى أنه هو الذي أمره بإيجاره قبل ذلك منه وإذا أراد أن يثبت بالبينة غصب المؤجر للمأجور فلا يقبل منه لأن المؤجر في الظاهر يتصرف في ملك الغير لذلك الغير والبينة هنا لإبطال ذلك والبينة إنما وضعت للإثبات.ولكن إذا أقر الغاصب بالغصب فللمالك إقامة البينة لأن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ومتى ثبت الإقرار كان حكم القرار تابعاً له (البزازية، الهندية، الخانية)..

ويستفاد من المجلة وإن لم تصرح بترجيح أحد هذين المذهبين عدم صحة الإجازة عند

انعدام المعقود عليه وعد المعقود عليه معدوماً في المدة المنقضية.كما يستفاد منها الميل إلى مذهب الإمام محمد و(قاضيخان) كذلك يميل إلى هذا المذهب.

يستثنى مسألتان من ضابط (كون الأجرة للعاقد إذا وقعت الإجازة بعد مرور المدة).

١ - لو آجر زيد دكاناً لوقف اشترطت التولية فيه للأبناء.فللمتولي عمرو أن يأخذ من زيد الأجرة التي أخذها فضولاً على رأي متأخري الفقهاء فقط وأخذها لنفسه غير حلال ديانة فعليه أن يردها لصاحبها أو يتصدق بها على الفقراء (البهجة).

٢ - تأجير أحد المالكين الملك من آجر.كأن يؤجره حوانيت الشركة بدون إذن من شركائه ويستلم الأجرة ويستهلكها فللشركاء أن يضمنوه ما يخصهم من الأجرة (هامش البهجة) (أنظر المادة ١٠٧٧).

الفصل الثالث

في شروط صحة الإجارة

﴿المادة ٤٤٨﴾ يشترط في صحة الإجارة رضا العاقدين

رضا العاقدين في صحة العقود شرط. وإليك بعض المسائل المتفرعة عن هذه القاعدة فيما يلي:

البيع: لا يعتبر البيع والشراء الواقعان جبراً وإكراهاً.

الإجارة: يشترط في صحة الإجارة أي لزومها ونفاذها رضا العاقدين. أنظر المادة (١٠٠٦) (الهندية).

وعليه فيخير الإنسان إذا آجر ملكه باكراه ملجئ أو غير ملجئ من آخر أو أستأجر ملك آخر كذلك بعد زوال ذلك الإكراه بين فسخ الإجارة لإزالة الضرر عن نفسه وبين إجازتها، إذ أن الإكراه ملجئاً كان أو غير ملجئ مفسد للرضاء الذي هو شرط في صحة الإجارة (الطوري في الإكراه).

الكفالة: لا تكون الكفالة بالمال معتبرة إذا وقعت باكراه معتبر. راجع شرح المادة (٦٢٨).

الحوالة: الحوالة وقبولها لا يكونان معتبرين إذا وقعا باكراه.

الرهن: والرهن الذي يقع باكراه لا يكون كذلك معتبراً.

الأمانة: قبول الوديعة باكراه لا يعد أيضاً معتبراً. فعليه إذا ظهر مستحق للوديعة بعد تلفها بيد المودع عنده فله أن يضمن المكره (بكسر الراء).

الهبة: رضاء الواهب في الهبة شرط أنظر المادة (٨٦٠).

الشفعة: لا يعتبر تسليم الشفعة الواقع بالإكراه.

الوكالة: إذا وكل إنسان آخر مكرهاً ببيع أمواله لا تكون وكالته معتبرة.

الإقرار: وكذلك الإقرار الواقع باكراه غير معتبر.

الصلح: ومثله الصلح إذا كان باكراه لا يكون معتبراً وتفصيل ذلك تجده في شرح المادة (١٠٠٦).

﴿المادة ٤٤٩﴾ يلزم تعيين المأجور. بناء عليه لا يصح إيجار إحد الحانوتين من دون تعيين أو تمييز.

يلزم في صحة الإجارة (أي عدم فسادها) تعيين المأجور راجع المادتين (٢٠٠ و٢١٣) متناً وشرحاً لأن الجهل بالمأجور يستلزم الجهل بالمنفعة وهو مما يؤدي إلى التنازع فان تعين المأجور بعد العقد وحصل رضاء الطرفين فالإجارة صحيحة راجع المادة (٢٤) (الهندية).

فعليه لا يصح إيجار حانوت من حانوتين فأكثر بدون تعيين. فلو آجر شخص حصته في عقار يجهل مقدارها من شريكه ببدل معلوم كانت الإجارة فاسدة ولزم المستأجر أجر المثل بالغاً ما بلغ (الخيرية).

كذا إذا وجد في مكان حمامان أحدهما للرجال والآخر للنساء وبين المؤجر الحدود بوجه يشمل الحمامين وقال (آجرتك الحمام الذي في المكان الفلاني) فإذا كان للحمامين باب واحد ومدخل واحد. فالإجارة صحيحة وتكون للحمامين معاً. وإذا كان لكل منهما باب على حدته ومدخل خاص فلا تصح الإجارة لعدم التعيين.

كذلك إذا استأجر إنسان دابتين أحدهما لقرية تسمى كوجك شكمجة والأخرى تسمى لقرية (بيوك شكمجه) تكون الإجارة فاسدة ما لم تتعين كل واحدة منهما ويلزم أجر المثل. أما إذا حصل التعيين تكون الإجارة جائزة (الهندية) والمادة (٥٤١) فرع لهذه المادة.

مثال لعدم تعيين الأجير: إذا استأجر شخص أحد هذين الأجيرين فلا يكون الإيجار صحيحاً. وكذا في الجعالة[1] إذا كان الأجير مجهولاً فلو فقد شخص مالاً له وأعلن أنه يدفع لمن يجده كذا قرشاً فوجده شخص فليس له أن يأخذ على ذلك شيئاً لأنه غير معلوم والإجارة التي لا يتعين فيها الأجير غير صحيحة.

وكذلك إذا قال هذا القول لشخص معين فدله عليه بالقول بدون عمل فليس له أجرة لأن الدلالة والإشارة ليستا مما يؤخذ عليهما أجر. أما إذا ذهب معه ليدله عليه فله أجر المثل لأن الذهاب عمل وتؤخذ الاجرة في مقابله. وإنما كان له أجرة المثل لأن الأجرة لم تعين «الهندية والحموي».

مذهب الإمام الشافعي: الجعالة عند الإمام الشافعي جائزة لاحتياج الناس إليها.

(١) الجعالة بكسر الجيم وبعضهم يحكي التثليث

والجعالة: هي عبارة عن التزام التصرف المطلق في عمل «معلوماً كان أو مجهولاً» لشخص «معيناً كان أو غير معين» والتفصيلات في هذا الشأن مذكورة في كتب الشافعية.

﴿المادة ٤٥٠﴾ يشترط أن تكون الاجرة معلومة.

يشترط لصحة الإجارة أي لعدم فسادها أولاً أن تكون الاجرة معلومة تماماً قدراً ونوعاً. أي لا يكون شيء منها مجهولاً كلا أو بعضاً لأن جهل الأجرة يفضي إلى المنازعة ولقوله «عليه الصلاة والسلام» «من استأجر أجيراً فليعطه أجره» («الهندية» راجع المادة ٢٣٨ وشرح المادة ٤٦٣) ثانياً ألّا تكون الأجرة من نوع المنفعة المعقود عليها.

إيضاح الشرط الأول

العلم بالقدر: يكون ببيان العدد كقولك بعتك المال الفلاني بكذا ذهباً.

العلم بالنوع: وذلك يكون ببيان نوع الدينار المراد في العقد إذا وقع العقد في بلد كان فيه الدينار متعدد الأنواع ولا يكفي بأن يقال في العقد بعت أو أشتريت بكذا ديناراً بدون تعيين نوع الدينار «الهندية، رد المحتار».

وعلى ذلك فلو أستأجر إنسان دابة ليركبها على أن يؤدي أجرة أمثالها من الدواب وكانت أجرة أمثالها معلومة صحت الإجارة. وإذا كانت أجرة أمثالها مختلفة تكون فاسدة وتلزم الأجرة المتوسطة: نظراً للجانبين «البزازية».

وكيفية العلم بالأجرة قد جاءت في المادتين «٤٦٤، ٤٦٥» وهناك سنورد الإيضاح اللازم إن شاء الله.

وإذا كانت الأجرة كلها أو بعضها مجهولة تكون الإجارة فاسدة سواء كانت من المثليات أو القيمات أو منفعة أخرى «رد المحتار» ومن ذلك تتفرع المواد «٥٦٣ و٥٦٤ و٥٦٥ و٥٦٦».

جهالة الكل: وذلك أولاً: كما إذا استأجر رجل داراً لستة أشهر بفرس غير معين وأقيمت في ذلك الدعوي بعد أن سكن في الدار أربعة أشهر يلزم بأجر المثل بالغاً ما يبلغ وذلك بمتقضى الصورة الأولى من المادة «٤٦٢» وتفسخ الإجارة عن الشهرين الباقيين.

ثانياً: إذا أقرض شخص آخر مبلغاً من القروش على أن يركبه دابته أو يسكنه داره وركب الدابة أو سكن الدار يلزمه أجر المثل. لأن الإقراض ليس ببدل إجارة ويكون كأنه قد وقع الإيجار بدون إجرة معلومة (الخيرية).

ثالثاً: إذا استأجر شخص دكاناً من آخر على أن يؤدي نصف مربحه فيها إلى الآخر يكون الإيجار فاسداً والربح كله لذلك الرجل وإنما للآجر أخذ أجر المثل (الهندية).

رابعاً: إذا استؤجر شيء على أن تكون أجرته بقدر ما يشاء أو بقدر ما يقول فلان تكون الإجارة فاسدة.

خامساً: إذا استأجر شخص حانوتاً على أن تكون الاجرة كاجرة الحوانيت التي استأجرها أصحابها ولم تكن تلك الاجرة معلومة ولا معينة بل كانت مختلفة ومتفاوتة فتكون الإجارة فاسدة أما إذا كانت معينة ولم تكن مختلفة فتجوز ويلزم باعطاء مثلها (الهندية).

جهالة البعض: أولاً: إذا استأجر إنسان آخر للصيد بكذا قرشاً في اليوم على أن يكون الصيد بينهما مشتركاً تكون الإجارة فاسدة والصيد للمستأجر وللأجير أجر مثله (الهندية).

ثانياً: إذا استأجر شخص عقاراً بخمسة جنيهات شهرياً على أن عليه نفقات العمارة ايضاً تكون الإجارة فاسدة لجهالة نفقات العمارة لأنها جزء من الأجرة (رد المحتار).

استثناء: يصح استئجار المرضع لمدة معينة باطعامها وكسوتها كما هو مبين في المادة (٥٦٦ لأن ذلك ليس باعثاً على النزاع وقد جرت العادة أن يوسع على المرضع لشفقتها على الرضيع.

أيضاً الشرط الثاني: كون الأجرة ليست من جنس المنفعة المعقود عليها شرط راجع شرح المادة (٣٢) كما ستوضح في المادة (٤٥٣).

﴿المادة ٤٥١﴾ يشترط في الإجارة أن تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة.

أي أنه يشترط في الإجاره أي في صحتها، أولاً: أن تكون المنفعة معلومة بوجه يكون مانعاً للمنازعة. أنظ المادتين (٢٠٠ و٤٠٥) فعليه إذا كانت المنفعة مجهولة بحيث تؤدي إلى المنازعة تكون فاسدة (الهندية) ويختلف العلم بالمنفعة باختلاف أنواع الإجارة:

١ - في ايجار الدار والحوانيت والمرضع ببيان مدة الإجارة وليس بيان ما يستؤجر له شرطاً في ذلك.

٢ - أما في الحيوان فبيان ما يستؤجر له شرط أي يجب فيه بيان ما إذا كان للركوب أو للحمل.وإذا كان للركوب يجب تعيين الراكب أو اطلاقه وإذا كان للحمل يجب بيان نوع الحمل.

٣ - يلزم في إستئجار الأراضي إذا كانت للزراعة بيان مده الإيجار وما يستأجر له ويجب في استئجار الأرضين للزراعة تعيين النوع الذي يراد زرعه فيها أو تعميمه.

٤ - وفي استئجار الطرين يجب بيان مدة الإجارة وتحديد الطريق.

٥ - وفي استئجار الأجير المشترك تكون المنفعة معلومة أحياناً ببيان المدة وأحياناً بتسمية العمل كاستئجار ماسح الأحذية، والراعي، والبناء، وحافر الآبار. راجع شرح المادة (٤٥٥).

٦ - وتكون المنفعة معلومة في استئجار الدابة لنقل الأمتعة بالإشارة إلى الأمتعة مع بيان المكان المراد نقل الأشياء إليه.

وهذه الخلاصة ستوضح ويصير تفصيلها في الآتي:

والمنفعة التي شرط العلم بها تعلم من تعريفها الوارد في المادة (٤٠٥).

وكيفية العلم بالمنفعة قد صار بيانها في المواد «٤٥٢ و٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥ و٤٥٦». والمادة «٢٤» فرع لهذه المادة حتى أن المنفعة إذا كانت مجهولة بحيث تفضي إلى المنازعة لا تكون الإجارة صحيحة «الهندية».

ثانياً: الحصول على المنفعة المعتادة والمقصودة شرط في صحتها.

فعليه إذا استؤجرت شجرة لنشر الثياب عليها وتجفيفها فلا تكون الإجارة جائزة.أما استئجار سطح لنشر الثياب وتجفيفها فجائز (البزازية).

﴿المادة ٤٥٢﴾ المنفعة تكون معلومة ببيان مدة الإجارة في أمثال الدار والحانوت والظئر.

يعني تكون المنفعة معلومة في أمثال الدور والحوانيت والظئر وغرف الخان والنزل ببيان مدة الإجارة أي بالعلم بها.وبذلك تكون الإجارة صحيحة وسواء أكانت تلك المدة طويلة بحيث لا يظهر أن الطرفين يمكن أن يبقيا إلى نهايتها في قيد الحياة أو قصيرة.وان تأخرت مدة الإيجار عن وقت العقد كالإجارة المضافة أو لم تتأخر كالإجارة المنجزة لأن المدة إذا علمت تكون المنفعة معلومة وبعد ذلك فليس تعيين ما يستأجر له وبيانه شرطاً لأن استعمال ما يؤجر يعلم بالعرف والعادة.(أنظر المادتين «٤٨٤ و٥٥٢»).

غير أن بعض العلماء قد قالوا ببطلان الإجارة التي تقع لمدة لا يمكن أن يبقى فيها العاقدان في قيد الحياة لأن ذلك بمنزلة الإجارة المؤبدة. «والتأبيد» في الإجارة مبطل لها ولكن بما أن بعض الفقهاء كالخصاف اختار جوازها لأن حق الاختيار في ذلك يرجع إلى العاقدين. وإطلاق المتون يفيد جوازها فقد شرحناه على هذا الوجه «مجمع الأنهر، رد المحتار. الزيلعي».

وقد روي عن الإمام الشافعي رضي الله عنه في ذلك أقوال ثلاثة:

«١». إن مدة الإجارة لا يجوز أن تزيد عن سنة واحدة «٢» صحة الإجارة لثلاثين سنة والزيادة عنها ليست صحيحة. «٣» صحة الإجارة مؤبدة لأن بيع المنافع كبيع الأعيان».

فلو قال سخص لآخر استأجرت منك الحانوت الفلاني لاسكن فيها شهراً بكذا قرشاً تكون المنفعة معلومة وإذا لم تبين المدة تكون الإجارة فاسدة وإذا لم ينتفع بها حقيقة فلا تلزم أجرة.

وعلى ذلك فلو استأجر شخص ظئراً على أن ترضع ابنه إلى أن يمشي فالإجارة فاسدة ويلزم أجر المثل في المدة التي تكون أرضعت فيها الصبي.

كذلك إذا قال رجل لدائنه إبق ساكناً في داري إلى أن اؤديك دينك فالإجارة فاسدة وإذا سكن الدائن لزمه أجر المثل: «الخيرية، والكفوي».

إلا أنه لا يلزم تعيين المدة في استئجار السمسار والدلائل والاغتسال في الحمامات وما إلى ذلك مما لا يمكن تعيين العمل والوقت لها: أي انه وان لم تعين فيها المدة فالإجارة صحيحة لحاجة الناس إليها وكل شيء تمس الحاجة إليه فالقياس فيه الجواز «رد المحتار، الباجوري».

إن استئجار راع لمدة معينة صحيح. وفي استئجار أجير خاص كالراعي لا يشترط بيان عدد الحيوانات وتعيين مكان رعيها: «البزازية والهندية».

﴿المادة ٤٥٣﴾ يلزم عند استئجار الدابة تعيين المنفعة ان كانت للركوب أو للحمل أو لإركاب من شاء على التعميم مع بيان المسافة أو مدة الإجارة.

العلم بالمنفعة في استئجار الحيوانات:

أولاً:

١ - بيان ما يستأجر له.

ب - بيان المدة أو المسافة.

ثانيا: إذا كان المقصود من استئجار الدابة الركوب يجب تعيين من يركب أو إطلاقه.

ثالثاً: وإذا كان الاستئجار للحمل يجب تعيين الحمل أو إطلاقه. أي أنه يلزم عند استئجار الدابة بيان انها مستأجرة للحمل أو للركوب (للعلم وبالمنفعة) فإذا كانت للحمل فما الذي يراد تحميله أو للركوب فمنذا الذي يركبها. أي أنه يلزم عند الاستئجار ذكر هذه الجهات في عقد الإجارة وتعيين المنفعة بكونها للركوب أو الحمل أو إركاب من شاء أو تحميل ما أراد على التعميم مع بيان المسافة أو مدة الإجارة وببيان ذلك تكون المنفعة معلومة (الدر المختار، شلبي).

مثال لتعيين المستأجر له والمدة: قد استأجرت هذه الدابة شهراً لحمل حنطة.

مثال لتعيين المستأجر له مع بيان المسافة: كقولك قد استأجرت منك هذه الدابة لنقل هذه الأمتعة إلى قرية «بيوك شكمجه» أو هذا الفرس لأركبه إليها بكذا غرشاً.

أما إذا استؤجرت الدابة للحمل من غير تعين ما يحمل أو إطلاقه أو للركوب من غير تعيين الراكب أو إطلاقه تكون الإجارة فاسدة **(أنظر المادتين ٤٥٦ و٥٥٣)**. وإذا راجع الطرفان القاضي قبل تحميل الدابة أو ركوبها إلى المكان المقصود يحكم بفسخ الإجارة لفسادها. أما إذا حمل المستأجر الدابة ومضت مدة الإجارة يلزم بالأجر المسمى استحساناً. أما إذا عين الراكب أو الحمل قبل فسخ

الإجارة ورضي الآجر بذلك فتكون الإجارة صحيحة وهذا المثال ليس منافياً للمادة (٥٥٥) كما يتبادر للأذهان.وكذلك إذا لم يبين المدة أو المسافة تكون الإجارة فاسدة أنظر المادة (٤٦٠). كاستئجار الدابة لتشييع مسافر أو استقبال حاج (رد المحتار، الهندية، الدرر).

﴿المادة ٤٥٤﴾ يلزم في استئجار الأراضي بيان كونها لأي شيء استؤجرت مع تعيين المدة. فإن كانت للزرع يلزم بيان ما يزرع فيها أو يخير المستأجر بأن يزرع ما شاء على التعميم.

تعلم المنفعة في استئجار الأراضي بأمور أولاً:
(١) ببيان ما يستؤجر له.
(ب) ببيان المدة.

ثانياً: إذا كان استئجار الأراضي للزراعة يجب بيان ما سيزرع فيها أو الإطلاق لأن عدم الجواز لدفع الضرر فتعميم صاحب الأرض، يكون راضياً بذلك فيجوز.

يعني يلزم في استئجار الأراضي للعلم بالمنفعة بيان ما تستؤجر له أي لأي شيء استؤجرت ان كانت للزراعة أو الغرس أو لإنشاء الأبنية أو لنصب الشباك للصيد مع تعيين المدة في عقد الإجارة أو تخيير المستأجر بأن يزرع ما شاء على التعميم حتى لا يقع نزاع.وفي حال التعميم لا يلزم بيان النوع (الدر المحتار).

وتكون الإجارة فاسدة فيها لو فقد واحد من هذه الشروط. أنظر المادة (٥٢٤) لأن الأرض تستؤجر تارة للزراعة وأخرى لإنشاء الأبنية وغرس الأشجار وغير ذلك من المنافع على أن بعض أنواع الحبوب يختلف عن البعض بما يمتص من قوى الأرض الغذائية فإذا لم تبين تلك الأشياء في الإجارة فلا يكون المعقود عليه معلوماً (رد المحتار، الهندية، الدرر).

ما يدخل في الإجارة بلا ذكر: كما يدخل في إجارة الأرض طريقها وشربها ولو لم يشرط دخولها في العقد تدخل في استئجار الدار طريقها. ولا حاجة للألفاظ العامة المذكورة في المادة (٢٣٥) لأن المقصود من الإجارة الإنتفاع فإذا لم توجد هذه لا ينتفع من المأجور. وليست كالبيع من هذه الجهة لأن المقصود من البيع ملك الرقبة وليس الإنتفاع في الحال حتى جاز بيع الجحش والأرض السبخة دون إجارتها (المنح، رد المحتار).

استئجار الطريق: يلزم في استئجار الطريق للمرور تعيين المدة والأجرة وتحديد الطريق وإلا كانت الإجارة فاسدة (أشباه).

﴿المادة ٤٥٥﴾ تكون المنفعة معلومة في استئجار أهل الصنعة ببيان العمل. يعني بتعيين ما يعمل الأجير أو تعيين كيفية عمله فإذا أريد صبغ الثياب يلزم إراءتها للصباغ أو بيان لونها أو إعلام رقتها مثلاً.

يلزم في الأجير المشترك بيان العمل والمنفعة بحيث ترتفع الجهالة بها كل الإرتفاع وتعلم المنفعة تارة ببيان المدة وأخرى بتسمية العمل.

فعليه تكون المنفعة التي هي شرط في استئجار أهل الصنعة كالخياط والنجار والطباخ والصباغ معلومة ببيان العمل. يعني بتعيين ما يعمل الأجير أو تعيين كيفية عمله. يعني المنفعة تارة تعلم ببيان المدة لما تقدم وتارة بمجرد التسمية بدون ذكر المدة (شلبي)(راجع المادة «٤٢٢»).

استئجار الصباغ: إذا أريد صبغ أثواب مثلاً يجب إراءتها للصباغ أو بيان جنسها ونوعها وقدرها وصفتها له أي غلظها ورقتها ولون الصبغ المراد وإذا كان الصباغ يختلف رقة وغلظة يجب بيان مقداره أيضاً فإذا لم يعمل كذلك فالإجارة فاسدة لأن منفعة الأثواب تختلف بنسبة غلظها ورقتها «رد المحتار».

استئجار الخياط: وإذا أريد خياطة أثواب يلزم أن يرى الأثواب ونوع الخياطة المطلوبة «مجمع الأنهر، وعبد الحليم».

استئجار الراعي: يلزم في استئجار الراعي إذا كان أجيراً **مشتركاً**، بيان جنس الحيوانات المراد رعيها وعددها ان كانت أفراساً أو جمالاً أو غنماً.

استئجار البناء: وفي استئجار البناء حائط بلبن أو آجر، أو حجر إذا بين طول الحائط وعرضه يكون جائزاً «الهندية». وذلك مقاولة على بناء الحائط لا مياومة.

استئجار حافري الآبار: تجوز الإجارة استحساناً في استئجار أجير لحفر بئر بدون بيان طوله وعرضه وعمقه ويكون الأجير مجبراً على حفر البئر وسطاً حسب المعتاد «الهندية».

استئجار النجار: وإذا أريد استئجار نجار لصنع خزانة خشب تلزم اراءة الخشب للنجار أو بيان جنسه ونوعه مع بيان أوصاف الخزانة وشكلها وتعريفها بصورة تمنع من وقوع النزاع فيها بعد.

الخلاصة: إن الشروط التي وردت في هذه المدة هي في الأجير المشترك أي في استئجاره إذ ليس بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته شرطاً بالنسبة إلى الخاص. وإنما يشترط في استئجاره بيان المدة فقط أنظر شرح المادة «٥٦٢»

﴿المادة ٤٥٦﴾ تكون المنفعة معلومة في نقل الأشياء بالإشارة وبتعيين المحل الذي ينقل إليه. مثلاً: لو قيل للحمال انقل هذا الحمل إلى المحل الفلاني تكون المنفعة معلومة لكون الحمل مشاهداً والمسافة معلومة.

تكون المنفعة معلومة في نقل الأشياء التي يراد نقلها من محل لآخر بالإشارة إليها بان يقول المستأجر انقل هذه الأشياء من هنا إلى المحل الفلاني وتكون الإشارة وتعيين المحل الذي يراد النقل له مغنية عن بيان المدة وهي ليست بشرط بعد ذلك أي بذلك تكون المنفعة معلومة وتكون الإجارة

صحيحة بدون بيان المدة لأن المنفعة تكون معلومة بالعلم بالمنقول أو المحل المنقول إليه.

مثلاً: لو قيل للحمال انقل هذا الحمل وهو بمرأى منه إلى المحل الفلاني تكون الإجارة صحيحة لأن المنفعة معلومة لكون الحمل مشاهداً والمسافة معلومة. أي أنه لما كانت المنفعة معدومة وليس من الممكن الإشارة إليها رأساً تكون الإشارة إلى المنفعة حاصلة تبعاً للإشارة إلى الشيء المراد نقله والمحل المقصود ضمناً. (الدرر والهداية مجمع الأنهر). وهو النوع من العلم يقرب من العلم الذي جاء ذكره في المادة الآنفة (رد المحتار).

وإذا لم يكن الصوف الذي يراد نقله حاضراً تكون المنفعة معلومة ببيان نوع الصوف ومقداره مع تعيين المكان المراد النقل إليه.

﴿المادة ٤٥٧﴾ يشترط أن تكون المنفعة ممكنة الحصول بناء عليه لا يصح إيجار الدابة الضارة.

يشترط:

١ - أن تكون المنفعة ممكنة الحصول في مدة الإجارة حقيقة وشرعاً أي أن يكون حصول المقصد الذي استؤجر لأجله الملك ممكناً.

٢ - أن لا يكون العمل الذي استؤجر له الأجير واجباً عليه أو فرضاً قبل الإجارة لأن الإجارة تعقد للإنتفاع. بخلاف البيع الذي يقصد منه ملك الرقبة لا الإنتفاع الموقت حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة دون الإجارة (الهندية).

توضيح الشرط الأول: إن إيجار الدابة الضارة أو المغصوبه بناء على ما مر ليس صحيحاً لأنه لما كان المبيع المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة كما مر في المادة (٤٢٠) تجري فيها أحكام المادتين (١٩٨ و٢٠٩) (وما لم تسلم الدابة المغصوبة للمستأجر فلا يمكنه استيفاء المنفعة).

كذلك استئجار أرض لا يمكن زراعتها في مدة العقد فاسد. كاستئجار أرض لا ينبت فيها الزرع كما أنه لو استؤجرت أرض ولا تمكنه زراعتها لاحتياجها إلى السقي أو كري الأنهار أو مجيء الماء فإن كانت بحال تمكن الزراعة في مدة العقد جاز وإلا فلا (بحر).

ولو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر ولا يمكن زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن في المدة ويكون الأجر مقابلاً لكل المدة لا بما ينتفع به فحسب وقيل بما ينتفع به (رد المحتار، بحر). وتكون ثمرة الخلاف ظاهرة في الفسخ قبل انقضاء المدة كذلك استئجار الجحش الذي لا يمكن الإنتفاع به في الحال ليس صحيحاً لأنه لما كان الغرض من الإجارة الإنتفاع بالمأجور مدة الإجارة فإذا لم يكن الإنتفاع به ممكناً في مدة الإجارة كانت غير جائزة. كذلك التمكن في استئجار الأراضي من زراعتها شرط وفي الأراضي التي تستؤجر للبناء وغرس الأشجار يجب أن يكون استيفاء المنفعة ممكناً ولا

يشترط في هذه الحال كونها قابلة للزراعة وإذا استؤجرت الأرض لوضع الغنم فيها فلا يشترط حينئذ أن تكون قابلة للزرع (الدر المختار ورد المحتار)

توضيح الشرط الثاني: يشترط كون العمل الذي استؤجر له العامل غير واجب ولا مفروض عليه قبل الإجارة (انقروي، هندية).

فعليه إذا استأجر رجل زوجته لإرضاع ابن له من زوجة أخرى أو لطبخ طعام للبيع أو لرعي غنمه وما أشبه ذلك من الأمور التي ليست من خدمات البيت فالإجارة صحيحة وإذا كانت الأمور قبل الإجارة واجبة على الأجير أو فرض عليه فالإجارة غير صحيحة.

مثلاً: لو استأجر رجل زوجة لطبخ طعام بيته أو لخدمة أخرى من الخدمات البيتية فلا يكون صحيحاً وليس للزوجة أجر لأن هذا العمل واجب عليها ديانة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين فاطمة وعلي فجعل عمل الداخل على فاطمة وعمل الخارج على علي فلا تنعقد هذه الإجارة ولو كانت المرأة شريفة (رد المحتار، الفيضية، انقروي، هندية).

الفصل الرابع

في فساد الإجارة وبطلانها

أن مواد هذا الفصل فرع للمواد الواردة في الفصلين الماضيين الثاني والثالث، وسنشير إلى ذلك في أثناء الشرح.

الإجارة الباطلة: هي التي ليست صحيحة أصلاً ولا مشروعة. وتبطل الإجارة إذا فقد منها شرط مما يعود على ركن العقد.ولا تلزم الاجرة في الإجارة الباطلة بالاستعمال ما لم يكن المأجور مال يتيم أو وقف أو مجنون.

الإجارة الفاسدة: هي الصحيحة أصلاً لا وصفاً وهو: «ما عرض فيه شيء من جهالة أو اشترط فيه شرط لا يقتضيه العقد» (راجع المادتين ١٠٩ و١١٠) (التنوير، رد المحتار).

وتكون الإجارة فاسدة إذا فقد شرط من شروط صحتها. والإجارة الفاسدة نافذة ويلزم فيها أجر المثل لا الأجر المسمى. ويلزم أجر المثل أحياناً بالغاً ما بلغ وأحياناً يلزم على أن لا يتجاوز الأجر المسمى (أنظر المادة ٤٦٢). وتكون الإجارة صحيحة بالشروط الآتية والشروط فيها معتبرة:

١ - إذا كانت مما يقتضيه العقد.

٢ - إذا كانت متعارفة.

وتكون الإجارة صحيحة مع الشرط الآتي والشرط لغو.

١ - إذا لم يكن فيه نفع لأحد العاقدين.

وتكون الإجارة فاسدة إذا وقع فيه شرط مفسد للبيع.

﴿المادة ٤٥٨﴾ تبطل الإجارة أن لم يوجد أحد شروطها.مثلاً إيجار المجنون والصبي غير المميز كاستئجارهما باطل لكن لا تنفسخ الإجارة بجنون الآجر أو المستأجر بعد إنعقادها.

تبطل الإجارة إن لم يوجد أحد شروطها المبينة في المادتين ٤٤٤ و٤٤٥ والتي ترجع إلى ركن العقد كما يبطل البيع الذي يكون في ركنه خلل.

مثلاً: إيجار المجنون والصبي غير المميز كاستئجارهما باطل ولا ينقلب صحيحاً بإجازة أوليائهما

ولا يكون نافذاً.حتى ان المجنون جنوناً مطبقاً إذا آجر بعض عقارات الوقف الذي هو متول عليه فلا يكون صحيحاً.(أنظر المواد ٣٦٢ و٩٥٧ و٩٦٦)(البهجة، الفتاوى الجديدة).

لكن لا تنفسخ الإجارة بجنون الآجر أو المستأجر جنوناً مطبقاً أو غير مطبق بعد حصول العقد.(أنظر المادة ٥٥) «الدر المختار» وقوله جنون الآجر أو المستأجر احتراز عن (الموت)(أنظر المادة ٤٤٣ (هندية)).

﴿المادة ٤٥٩﴾ لا تلزم الاجرة في الاجارة الباطلة بالاستعمال لكن تلزم أجرة المثل ان كان مال الوقف أو اليتيم والمجنون في حكم اليتيم.

لا تلزم الاجرة في الاجارة الباطلة باستعمال المأجور واستيفاء المنفعة منه ولو كان المأجور معداً للاستغلال. لأن الاجارة لما كانت حينئذ باطلة وغير منعقدة أصلاً كان ما في ضمنها باطلاً أيضاً فيكون إنتفاع المستأجر بالمأجور بدون عقد وهو من قبيل ما ورد في المادة ٤٧٢ (راجع المادة ٥٢).

وبما أن المأجور في الاجارة الباطلة يكون مستعملاً بتأويل العقد فعلى مقتضى المادة ٥٩٨ لا تلزم الاجرة فيما استعمل على هذا السبيل وان كان معداً للإستغلال (الطحطاوي). وفيه نظر لأن عقد الاجارة موجب للاجرة فكيف يكون تأويله سالباً لها. نعم الملك سالب للإجرة فيكون تأويله كذلك وأيضاً الباطل لا حكم له أصلاً فوجوده كالعدم. لكن تلزم أجرة المثل إذا كان المأجور في الإجارة الباطلة مال وقف أو يتيم بالغة ما بلغت.

ومال المجنون لما كان في حكم مال اليتيم فتجري فيه أحكام الفقرة السابقة. كما أنه يلزم اجر المثل في مال اليتيم والوقف كما جاء في المادتين ٥٩٦ و٤٧٢ بدون عقد حتى انه إذا اشترى إنسان داراً فظهر أنها ملك ليتيم أو وقف بعد أن سكنها مدة يجب عليه أداء أجرة المثل لتلك المدة. وقد أفتى بذلك الفقهاء المتأخرون حفظاً لمال اليتيم والوقف (الدر المختار).

ويفهم مما مر أن حكم المال المعد للاستغلال في هذا الباب ليس كمال الوقف واليتيم لأن المال المعد للاستغلال يكون المستعمل له باستعماله إياه متعهداً ضمناً بأجر المثل. أما باستعمال مال اليتيم والوقف في الإجارة الباطلة فكما لا يوجد تعهد ضمني فقد صار التعهد الصريح فيها باطلاً (الطحطاوي بزيادة وتغيير).

﴿المادة ٤٦٠﴾ تفسد الإجارة لو وجدت شروط انعقاد الاجارة ولم يوجد أحد شروط الصحة.

تفسد الاجارة لو وجد شروط انعقاد الاجارة التي مرت في المادتين ٤٤٤ و٤٤٥ ولم يوجد أحد شروط الصحة الواردة في المواد ٤٤٨ و٤٤٩ و٤٥٠ و٤٥١ و٤٥٧ وإليك تعداد الأسباب المفسدة للإجارة فيما يلي:

أولاً - تكون الإجارة فاسدة إذا كان المأجور مشاعاً (راجع المادة ٤٢٩).

ثانياً - تكون الإجارة فاسدة إذا كان المأجور مال يتيم أو وقف أو لبيت المال وأوجر بنقص فاحش عن أجر المثل (أنظر المادة ٤٤١).

ثالثاً - تكون الإجارة فاسدة بجهالة المأجور (أنظر المادة ٤٤٩).

رابعاً - تكون الإجارة فاسدة إذا وقعت بدون رضاء العاقدين (أنظر المادة ٤٤٨).

خامساً - تكون الإجارة فاسدة بجهالة الأجرة (أنظر المادة ٤٥٠).

سادساً - تكون الإجارة فاسدة إذا وقعت مع جهل المنفعة وجهل المنفعة يكون بجهل العمل أو جهل المدة وما إليها (أنظر المواد ٤٥١ و٤٥٢ و٤٥٣ و٤٥٤ و٤٥٥).

سابعاً - الاجارة التي تقع على المنفعة غير الممكنة الحصول ليست صحيحة (أنظر المادة ٤٥٧).

ثامناً - تكون الاجارة فاسدة إذا ربطت بشرط فاسد لأن العقد والمنافع يصبحان مالاً متقوماً.

فعليه لما كانت الاجارة كالبيع معاوضة مالية والبيع يفسد بأمثال هذا الشرط فتفسد الاجارة به أيضاً (الزيلعي).

تاسعاً - تكون الاجارة فاسدة إذا كانت الاجرة من جنس منفعة المأجور (أنظر شرح المادة ٤٦٣).

عاشراً - تكون الاجارة فاسدة في مال الوقف إذا وقعت لمدة أكثر من المدة التي عينها الواقف أو المعينة شرعاً (أنظر شرح المادة ٤٩٧).

الحادي عشر - تكون الاجارة فاسدة إذا استؤجر الأجير على أن يشتغل عشرة أيام في موسم الصيف (أنظر المادة ٤٩٦).

الثاني عشر - تكون الاجارة فاسدة إذا كان فيها خيار ولم يعين الشرط أثناء مدة الاجارة (أنظر شرح المادة ٤٩٧).

وقد مر معنا أن الاجارة تفسد بالشرط الفاسد. (ثامناً).

مسائل متفرعة عن هذا:

١ - تكون الاجارة فاسدة إذا أوجر المأجور على أن لا يسكنه المستأجر لأن شرط عدم السكنى شرط نافع للمؤجر وبذلك لا تملأ حفر الأوساخ ولا تفسد مجاري المياه وفضلاً عن ذلك فإن هذا الشرط مانع لمقتضى العقد.

٢ - ان إشتراط ضمان المال المستأجر له على الأجير الخاص إذا تلف على الوجه المذكور في المادة ٦١٠ أو على الأجير المشترك إذا تلف بلا تعد ولا تقصير مفسد للاجارة.

٣ ـ إذا شرط الضمان على المستأجر في حال تعيب أو هلاك المأجور بلا تعد ولا تقصير أو شرط رد المأجور إلى المؤجر بلا عيب تكون الاجارة فاسدة (الهندية، الأنقروي).

٤ - تكون الاجارة فاسدة إذا استؤجر المأجور على شرط أن يعمر أو تعطى ضريبته أو يسكن بدون أجرة (الهندية) فتلزم أجرة المثل في هذه الصورة بالغة ما بلغت (التنقيح، البحر).

مثلاً: لو استؤجرت دار على أن تطين وتكلس ويعمر ما بها من أبواب مكسورة وحفر ووهاد تكون الإجارة فاسدة (الشبلي).

٥ - إذا استؤجر أجير سنة على أنه إذا مرض في خلالها يعمل مقدار ما مرض فيه بعدها تكون الإجارة فاسدة (الهندية).

٦ - إذا استؤجرت طاحون على أنه إذا إنقطعت المياه عنها زمناً في مدة الاجارة يعاد من الأجرة ما يخص المدة التي تنقطع المياه فيها. أو إذا استؤجرت أرض على أن تعاد إلى المؤجر مكروبة أو مزبولة تكون الاجارة فاسدة (الشبلي، الهندية).

٧ - إذا عقدت الإجارة مع المكاري على أنه إذا لم يبلغ المكان المقصود في اليوم الفلاني فليس له حق أخذ الاجرة أو على أن يدفع المستأجر الاجرة تامة إذا رجع من نصف الطريق أو إذا خرج من الدار المأجورة بعد زمان قبل ختام مدة الاجارة عليه أداء أجرتها كاملة - تكون الإجارة فاسدة ويلزم أجر المثل (الهندية).

٨ - إذا شرط على المستأجر في عقد الإجارة نفقة حمل المأجور أو إعادته إلى المؤجر فيما يتقضى الحمل والكلفة في الإعادة كانت الإجارة فاسدة (الهندية).

فائدة: إذا اختلف الطرفان في صحة الإجارة وفسادها فالقول لمدعي الصحة.

أما إذا قال المؤجر: إن الأرض المأجورة كانت حين الإجارة مزروعة فالإجارة فاسدة. وقال المستأجر أنها لم تكن كذلك فالقول للمؤجر لأن صاحب الأرض حينئذ منكر للإجارة البتة (الانقروي).

إن الاجرة التي تقبض في الإجارة الفاسدة مضمونة كالثمن الذي يقبض في البيع الفاسد (البزازية).

وتصح الإجارة بالشرط الصحيح والإجارة بالشرط على ثلاثة أنواع: ـ

النوع الأول: الإجارة بشرط من مقتضيات عقد الإجارة فالإجارة صحيحة والشرط معتبر كما هو الحال في البيع أنظر المادة (١٨٦). (الكفوي). ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

١ - إذا استأجر الأرض على أن يكربها ويزرعها أو يسقيها تكون الإجارة صحيحة لأنه لما اكتسب المستأجر بسبب العقد حق زراعتها، وزراعتها تتوقف على الكراب والإرواء، كان الكراب والسقي من مقتضيات العقد. (الزيلعي).

٢ - إذا استؤجر الأجير المشترك على أن يكون ضامناً لكل خسارة تتولد عن فعله وصنعه فالإجارة صحيحة والشرط معتبر (أنظر المادة ٦١١).

٣ - إذا شرط على المستأجر رفع الرماد والكناسة من الحمام المستأجر تكون الإجارة صحيحة والشرط معتبر. أنظر المادة (٥٣٢).

٤ - إذا اشترط على الأجير إنجاز العمل إلى يوم كذا أو استؤجرت منه دابة لركوبها إلى المكان الفلاني والإياب منه على أن يؤدي له الأجر عند الإياب تكون صحيحة وليس له حق بالمطالبة قبل الرجوع إلّا أنه يلزم إعطاء أجرة الذهاب فقط إذا توفي المستأجر عند بلوغه المكان المقصود. (البحر، الشبلي).

النوع الثاني: إن الإجارة مع شرط يوجبه العرف والعادة صحيحة.والشرط معتبر كما في البيع أنظر المادة (١٨٨).

إذا ساوم شخص خياطاً قائلاً خط لي من هذا القماش ثوباً على أن تكون بطانته منك وكان ذلك متعارفاً فعلى رأي الإمام محمد تكون الإجارة صحيحة. كما لو أعطي الحذاء جلداً ليخيط له منه حذاء وقاوله على أن بطانته ولوازمه من الصانع كانت صحيحة بناء على التعامل. هذه المسائل وان تضمنت الإجارة فيها بيعاً فقد جوزت بالتعامل (التنقيح).

النوع الثالث: الإجارة مع شرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين صحيحة والشرط لغو. فلو آجر شخص داره من آخر على أن يسكنها ولا يسكن غيره فيها فالإجارة صحيحة والشرط لغو لأنه لما لم يكن في السكن تفاوت فاسكان غيره في الدار المؤجرة له خاصة ليس فيه ضرر (الشبلي).

﴿المادة ٤٦١﴾ الإجارة الفاسدة نافذة لكن الآجر يملك فيها أجر المثل ولا يملك الأجر المسمى.

يعني أن الإجارة الفاسدة منعقدة وتفيد حكماً والمادة (٥٨٨) لهذه المادة. (الدر المختار).

وللآجر في الإجارة الفاسدة بمقتضى المادة «٤٧١» إذا انتفع بالمأجور انتفاعاً حقيقياً أجر المثل المعين في المادة الآتية وليس له الأجر المسمى ولا تلزم الأجرة بمجرد التمكن من الإنتفاع فقط دون الانتفاع حقيقة (انظر المادة (٤٧١). حتى لو استأجر شخص مالاً إجارة فاسدة وآجره بعد القبض إجارة صحيحة لزمه أجر المثل لأنه يكون قد استعمل المأجور ولا يكون بفعل ما ليس له فعله غاصباً حتى لا تجب عليه الأجرة لا يقال لما كان تقوم المنافع بالعقد فإذا فسد العقد ينبغي أن لا

يجب شيء لأن الإجارة الفاسدة ملحقة بالإجارة الصحيحة لكونها تبعاً لها (الكفاية في الإجارة الفاسدة).

أما إذا آجر المستأجر المال الذي استأجره إجارة فاسدة على الوجه المشروح آنفاً إيجاراً صحيحاً لزم المستأجر الثاني الأجر المسمى لأنه قد سمى البدل أنظر المادة (٥٨٨) (البحر، رد المحتار).

ان الإجارة الفاسدة قابلة للفسخ.فعليه إذا تنازع الطرفان قبل الانتفاع بالمأجور إيجاراً فاسداً ورفع ذلك إلى القاضي فالقاضي يفسخ الإجارة لإزالة الفساد الذي هو معصية.والايجار والبيع أخوان لأن الإجارة تمليك الأعيان وقد قال في الدر المحتار.ويجب على كل واحد من البائع والمشتري فسخه قبل القبض أو بعده ما دام في يد المشتري إعداماً للفساد لأنه معصية فيجب رفعها وإذا أصر أحدهما على إمساكه وعلم به القاضي فله فسخه جبراً عليهما حقاً للشرع (الهندية، التنقيح أنظر المادة ٧٦).

مثال لو استأجر شخص أرضاً للزراعة ولم يعين في العقد النوع المراد زرعه ولم يطلق أن يزرع ما يريد ورفعت الإجارة إلى القاضي قبل زراعة الأرض فسخها لأن الإجارة بمقتضى المادة «٤٥٤» فاسدة.

كذلك إذا استأجر مشاعاً ودفع أجرته سلفاً فله الإدعاء بفسخ الإجارة وإسترداد ما دفع من الاجرة والمادة «٤٩٤» مبنية على هذا أيضاً.

وحق الفسخ هذا وإن لم يصرح به في المجلة إلّا أنه يخفض قوله قبل الفسخ في المادة ٥٢٤.

ويستفاد من المادة ٤٩٤ بناء على أنه ناشئ عن فساد الإجارة وكذلك يستفاد من القياس على البيع لأن الإجارة بيع منفعة فعدم التصريح به لأنه يستفاد من ذلك.

﴿المادة ٤٦٢﴾ فساد الإجارة ينشأ بعضه عن كون البدل مجهولاً وبعضه عن فقدان باقي شرائط الصحة.ففي الصورة الأولى يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ وفي الصورة الثانية يلزم أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز الأجر المسمى.

ينشأ فساد الإجارة بعضه عن كون بدل الإجارة مجهولاً وبعضه عن فقدان شرائط الصحة الأخرى كوجود شرط فاسد(**أنظر شرح المادة ٤٦٠**).

وجهالة البدل تكون على وجهين: «١» الا يسمى مطلقاً كأن يقال آجرتك هذه الدار. وكذلك الحكم في البدل الذي ليس بمال أصلاً كقولك آجرتك هذه الدار بهذه الجيفة. لكن في الصورة الثانية يكون البيع باطلاً والإجارة فاسدة فما الفرق بينهما؟«٢» كون بدل الإجارة المسمى مجهولاً كله أو بعضه.

جهالة الكل، كالعبارة عن البدل بكذا قرشاً أو رأس غنم أو ديناراً في البلاد التي تتداول فيها دنانير مختلفة «الأنقروي».

كذلك تكون الإجارة فاسدة إذا استأجر شخص آخر لرعي غنمه على أن تكون أولادها وصوفها وما إلى ذلك من المنافع بينهما مناصفة لجهالة البدل كله (التنقيح). والمادة ٥٦٦ من هذا القبيل.

جهالة البعض، كاستئجار دار بمائة قرش على أن تكون نفقات العمارة على المستأجر واستئجار خادم بمائة قرش على أن يعطيه المستأجر كسوته. لأن نفقات العمارة والكسوة قد جعلت أجرة أيضاً ومقدارها ليس معلوماً. وبضم المجهول إلى المعلوم يصبح مجموعه مجهولاً. أنظر المواد (٥٦٣و ٥٦٤و ٥٦٥). الأنقروي، رد المحتار).

ففي الصورة الأولى أي إذا كان جميع البدل أو بعضه مجهولاً وانتفع بالمأجور على الوجه المذكور في المادة (٤٧١) يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ سواء أكان المأجور ملكاً أو وقفاً (الخيرية).

وإذا فسدت الإجارة مثلاً بعدم تسمية أجر مطلقاً. أو بكون الأجرة المسماة جيفة أو ما شابهها مما ليس بمال مطلقاً. أو تسمية بدل على أن تكون نفقات العمارة على المستأجر يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ، (البزازية)، لا أجر مثل لا يتجاوز الأجر المسمى لأنه لا يتصور تجاوز الأجر المسمى إذ أن المسمى مفقود هنا (نتائج الأفكار).

مستثنى: إذا بين المؤجر بعد أن استوفى المستأجر المنفعة بدل الإيجار أو قبل مقداراً منه فليس له أخذ مقدار زائد عن ذلك. مثلاً لو استأجر شخص دابة على أن يعطي المؤجر الأجرة التي يطلبها عند الوصول إلى المكان المقصود فطلب المؤجر عند بلوغ المكان (عشرين قرشاً) فيلزم أجر المثل لفساد الإجارة إلا إذا زاد أجر المثل عن العشرين فلا يعطى غيرها لأنه أبرأ ذمة المستأجر من الزيادة (رد المحتار).

كذلك إذا استأجر شخص بستانياً واستخدمه وتوفي فقال وصيه للبستاني ثابر على عملك وأجرتك السابقة تبقى كما كانت. وبعد أن اشتغل مدة باع الوصي البستان من شخص آخر فقال المشتري ثابر على عملك فلا اقطع أجرتك السابقة فللبستاني الأجر المسمى لعمله في حياة المستأجر الأول وأجر المثل من الوصي للمدة التي اشتغلها بعد قبوله بها وأجر المثل كذلك من المشتري للمدة التي اشتغل بها بعد قبوله هذا أيضاً. ما لم يكن الوصي والمشتري عالمين بالأجر المتفق عليه بين البستاني والمستأجر الأول (الهندية).

عدم نقص أجر المثل عن الأجر المسمى: إذا فسدت الإجارة للعلم ببعضها والجهل بالبعض الآخر فقط كتسمية مائة قرش بدلاً للإيجار على أن تكون نفقة العمارة على المستأجر فلا ينتقص أجر المثل عن الأجر المسمى حتى إذا كان أجر المثل المعلوم خمسين قرشاً لزم مائة قرش (الهندية في الباب الخامس).

يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ في ثلاث صور:

١- قد مر بيانه آنفاً وصار توضيحه في الشرح.

٢- إن الإجارة التي تعقد على أن لا يسكن المستأجر الدار المأجورة فاسدة ويلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ (الشرنبلالي). وفي هذه الصورة لا ينقص أجر المثل عن الأجر المسمى ووجه فساد الإجارة في ذلك هو أنه إذا لم يسكن المستأجر ففي ذلك نفع للمؤجر إذ أنه لعدم سكنى المستأجر لا تمتلئ البئر والبالوعة من أنه إذا لم يكن للمأجور حفرة بالوعة ومتوضأ لا تفسد الإجارة بهذا الشرط.

وقد جاء في رد المحتار ما يأتي: ووجهه أن شرط عدم السكنى فيه نفع للمؤجر وهو مجهول وقد جعله مع الأجر المسمى بدل الإجارة فصار نظير ما تقدم فيما لو أجر داره بمائة على أن يرممها المستأجر فاضحى بعض الأجر مجهولاً لصيرورة الأجر المذكور من الأجرة فوجب أجر المثل بالغاً ما بلغ، لما علمت من أن جهالة البعض كجهالة الكل، إنما فسد هذا العقد لأن فيه نفعاً لرب الدار لا يقتضيه العقد لأنه إذا لم يسكن فيها لا تمتلئ البالوعة والمتوضأ وان لم يكن في الدار بالوعة أو بئر وضوء لا تفسد بالشرط لعدم ما قلنا وقد ذكر في المسألة الأولى الواردة في شرح المادة (٤٦٠) سبب آخر للفساد وذكر أن الإجارة بشرط كهذا هو ما منع لمقتضى عقد الإجارة.

إذا استأجر شخص داراً وقد سمى البدل عيناً معينة وبعد أن سكن في الدار هلكت تلك العين قبل التسليم واستهلكها المستأجر لزم أجر المثل بالغاً ما بلغ (الهندية، الأنقروي، البزازية).

أما في الصورة الثانية ففساد الإجارة ليس بناشئ عن مجهولية البدل وإنما هو ناشئ عن عدم وجود بعض شرائط الصحة الأخرى مع كون البدل معلوماً وذلك كالشرط الفاسد أو الشيوع الأصلي أو جهالة مدة الإجارة كذلك الإنتفاع على الوجه المذكور في المادة ٤٧١ فيلزم أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز الأجر المسمى (أشباه) ورضاء العاقدين بالأجر المسمى دليل على أنه لا يزاد على المسمى لأنهما إذا اتفقا على شيء فقد اسقطا الزيادة فالإسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها لرضائه بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها (الكفاية في الإجارة الفاسدة) (أنظر المادة (٥١)). أجل فالواقع أن هذا الإسقاط وقع ضمن عقد فاسد وكان من اللازم عدم اعتباره بسبب ذلك بمقتضى المادة(٥٢) لكن بما أن المنافع في حد ذاتها غير متقومة فالإسقاط لا يكون باطلاً أو فاسداً وجاز تنقيص الأجر المسمى لأنه لما كانت الإجارة بمقتضى المادة(٥٢) فاسدة فقد فسد ما في ضمنها وهي التسمية أي تعيين بدل الإيجار («التنوير والدر المختار، رد المحتار، والشبلي، والزيلعي»)وقد قال زفر والشافعي «يجب أجر المثل بالغاً ما بلغ في الكل لأن المنافع متقومة عندهما فتجب القيمة بالغة ما بلغت عند تعذر إيجاب المسمى كما في بيع الأعيان. كما إذا كان الفساد لجهالة الأجرة أو لعدم التسمية ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها لأن التقوم يستدعي سابقية الإحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوم وإنما تقومت بالعقد شرعاً لضرورة شدة الحاجة إليها وإذا لزم

تتقوم في انفسها وجب الرجوع إلى ما قوم العقد به وسقط ما زاد عليه لأنهما رضيا باسقاط ذلك (شلبي) وإذا فسدت الإجارة وجب أن لا تجب الأجرة لعدم الضرورة لأن الصحيح منها كاف فلا حاجة إلى الفاسد إلا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعاً له والتبع يثبت بثبوت الأصل.وهذا لأن الفاسد مشروع بأصله دون وصفه («الشلبي») وكانت باقية من وجه لأن كل أحد لا يهتدي إلى الصحيح فمست الحاجة إلى الحاقها به فيكون لا قيمة بقدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمي.فيجب في المسمي بالغاً ما بلغ وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهة فلا يتقوم ويبقى على الأصل بخلاف المبيع لأنه متقوم بنفسه فتجب قيمته بالغة ما بلغت ولا نهاية للمجهول ولا لغير المسمي فيجب بالغاً ما بلغ (الزيلعي).

الخلاصة: يلزم أجر المثل إذا كان الأجر المسمى مساوياً لأجر المثل أو أكثر منه والأجر المسمى إذا كان أقل من أجر المثل.

وعلى ذلك فلو أعطى المستأجر الآجر المسمى الذي يزيد عن أجر المثل بداعي أنه يلزمه فله أن يسترد ما زاد عن أجر المثل (أنظر المادة ٧٢) (علي افندي).

مثلاً: فلو كان الأجر المسمى اثني عشر قرشاً وأجر المثل اثني عشر قرشاً أيضاً أو كان الأجر المسمى خمسة عشر قرشاً وأجر المثل اثني عشر فقط لزم اثنا عشر قرشاً.ولو كان أجر المثل اثني عشر قرشاً والأجر المسمى خمسة قروش لزمت الخمسة القروش فقط (رد المحتار، مجمع الأنهر).

مستثنى: أما في مال اليتيم والوقف اللذين يؤجران إيجاراً فاسداً كما في الصورة الثانية فيلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ كما في الصورة الأولى (رد المحتار، عبد الحليم).

أي أنه لو آجر الوصي أو الأب مال اليتيم أو المتولي مال الوقف وفسدت الإجارة لفقدان شرط من شروط الصحة لزم أجر المثل بالغاً ما بلغ.

الأجرة في الإجارة الفاسدة كما تبين من التفصيلات الآنفة على ثلاثة أوجه:

١ - يلزم الأجر المسمى.
٢ - يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ
٣ - يلزم أجر المثل على أن لا يتجاوز الأجر المسمى (رد المحتار).

أما إذا كان فساد الإجارة ناشئاً من جهتين أي أنه إذا كانت الإجارة فاسدة لجهالة البدل ولوجود شرط فاسد فيها ينظر بالنسبة إلى الأجرة إلى الفساد الناشئ عن الصورة الأولى ويلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ لأنه لا يمكن القول بلزوم أجر المثل على أن يتجاوز الأجر المسمى إذا لم يكن ثمة أجر مسمى (البحر) .

كذلك إذا آجر شخص المشاع بدون تسمية بدل إيجار له يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ لكون المأجور مشاعاً من جهة والبدل مجهولاً من جهة أخرى (الحموي).

وقال الحموي أيضاً وان لم تفسد بجهالة المسمى أو بعدم التسمية بل بالشرط أو بالشيوع الأصلي أو بجهالة الوقت والمسمى معلوم لم يزد أجر المثل على المسمى انتهى.

وإذا اعطيت في الإجارة الفاسدة أجرة زائدة عن أجر المثل بالعلم والرضاء لا تسترد الزيادة. فلو قال شخص لآخر إذا قمت بالخدمة الفلانية لي فإني أكرمك وبعد أن قام بها اعطاه مقداراً زائداً عن أجر المثل فليس له بعد ذلك استرداده (الفيضية).

الباب الثالث

في بيان مسائل تتعلق بالأجرة وفيه ثلاثة فصول

الفصل الأول

في بدل الإجارة وأوصافه وأحواله

الأوصاف: هي كبيان المقدار وبيان الوصف وما إليها والأحوال، كالصلاحية لصيرورته بدل إجارة والمكان الواجب تسليمه فيه وما إليها من الأشياء أيضاً.

خلاصة الفصل:

١ - ما صلح لأن يكون ثمناً للمبيع يصلح لأن يكون بدل إجارة. وبعض الأشياء التي لا تصلح لأن تكون ثمناً تصلح لأن تكون بدلاً بخلاف البعض الآخر كالجيفة.

٢ - إذا كان بدل الإجارة نقداً وكان موجوداً يكون معلوماً بالإشارة أما إذا لم يكن موجوداً في الحاضر يعلم ببيان مقداره ووصفه.

٣ - إذا كان بدل الإجارة من العروض يكون معلوماً ببيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره.

٤ - يسلم بدل الإجارة إذا كان المأجور عقاراً في المكان الموجود فيه وإذا كان عملاً ففي المكان الذي يقوم فيه الأجير بالعمل.

﴿المادة ٤٦٣﴾ ما صلح أن يكون بدلاً في البيع يصلح أن يكون بدلاً في الإجارة ويجوز أن يكون بدلاً في الإجارة الشيء الذي لم يصلح أن يكون ثمناً في البيع أيضاً. مثال ذلك: يجوز أن يستأجر بستان في مقابلة ركوب دابة أو سكن دار.

ما صلح أن يكون بدلاً في البيع وهو عبارة عن دين بمال مثلي، يصلح أن يكون بدل إجارة كما يصلح أن يكون بدلاً في الإجارة ما لا يصلح أن يكون ثمناً في البيع كالقيميات والمنافع التي ليست مثلية. أي أن المعقود عليه في البيع العين، وفي الإجارة المنفعة.

العين: أصل وبما أن المنفعة تابعة لذلك الأصل فما صلح لأن يكون بدلاً للعين يصلح لأن يكون بدلاً لتابعها (الطوري).

في هذه المادة فقرتان:

١ - ما صلح في البيع لأن يكون ثمناً يصلح لأن يكون في الإجارة بدلاً. لأن الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع (الطوري) ويستعمل الثمن في هذا على معنيين:

الأول: هو كما ذكر في المادة ١٥٢ بدل المبيع ويتعلق بالذمة ويلزمها. وفي هذا المعنى يصح أن يكون الثمن من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والنقود. أما الأعيان فبما أنها لا يمكن أن تثبت الذمة فلا تكون بالنظر إلى هذا المعنى ثمناً.

الثاني: البدل مطلقاً كما هو مذكور في شرح المادة المذكورة: أي كل ما يجعل عوضاً للمبيع. فكما يصح أن يكون الثمن في هذا المعنى من النقود والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة يصح أن يكون من الأعيان التي ليست من المثليات كالحيوانات والثياب.

فعليه يصح أن يكون الثاني هو المعنى المراد كما يصح أن يكون المراد بالثمن في هذه المادة معناه الأول.

الخلاصة: كل ما يصلح أن يكون ثمناً يصلح أن يكون أجرة.

وهذه القضية تصدق على أنها كلية لا تنعكس إذ لا يقال كل ما يصلح أن يكون بدلاً يصلح أن يكون ثمناً. لأن ما لا يصلح أن يكون ثمناً للمنافع يصلح لأن يكون بدل إجارة إذا كان مختلف الجنس (مجمع الأنهر، البحر، الزيلعي، النتائج، الهندية، الطوري).

٢ - ما لا يصلح في البيع ثمناً يصلح أن يكون في الإجارة بدلاً. وما لا يصلح ثمناً إذا استعمل الثمن في معناه الأول يكون منافع وأعياناً. وإذا استعمل في معناه الثاني إنما يكون منافع. وعلى ذلك فيصح أن تكون الأملاك المذكورة فيما يلي بدل إجارة:

١ - النقود: سواء أكانت ديناً أم عيناً.

مثال للدين: كما يصلح الدين لأن يكون ثمناً للمبيع يصلح لأن يكون بدل إجارة أيضاً. كما لو كان لشخص في ذمة آخر دين فاستأجر ملكاً له أو استأجره نفسه بما في ذمته من الدين فالاجارة صحيحة. كذلك لو أجر متولي الوقف لآخر بما عليه من الدين صح ويكون المتولي ضامناً الآجرة للوقف (الهندية، التنقيح).

٢ - ما عدا النقود من المثليات سواء أكانت ديناً أو عيناً.

٣ - القيميات: ويشترط فيها أن تكون معينة ومعلومة.

٤ - المنافع: إلا أنه يشترط أن تكون هذه المنفعة مخالفة لمنفعة المأجور.

مثلاً: يجوز أن يستأجر بستان في مقابل دابة أي أن تجعل بدل إجارة أو سكن دار. كذا لو آجر شخص آخر دكانه سنة في مقابل خدمته إياه ستة أشهر صح (التنيجة).

وإذا نظرنا في هذا المثال نجده نوعين: الأول؛ استئجار بستان بدابة. والثاني؛ استئجار بستان بسكني دار (رد المحتار، مجمع الأنهر).

وهذا المثال بنوعيه مثال للفقرة الثانية من هذه المادة بالنظر إلى المعنى الأول للثمن وعلى ذلك تكون الفقرة الأولى جاءت بدون مثال لأنها ظاهرة المعنى. وبالنظر الى المعنى الثاني يكون في المادة لف ونشر ويكون المثال الأول للفقرة الأولى والمثال الثاني للفقرة الثانية.

ولما كان الثمن في هذه المادة بالنظر إلى المعنى الثاني بمعنى المال الذي يجعل بدلاً لشيء والعين كذلك تكون في بيع المقايضة بدلاً. فكان الثمن شاملاً للعين فقد تكون العين بدل إجارة (مجمع الأنهر).

وقد أشير في متن المجلة إلى أنه يشترط في جواز إيجار المنفعة في مقابل منفعة أن تكون المنفعتان مختلفتي الجنس. أما إذا كان جنسها واحداً فالإجارة غير جائزة لأن الإجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة إلى استئجار المنفعة بجنسها لأنه يستغني بما عنده منها فبقي على الأصل فلا يجوز ولا كذلك عند اختلاف الجنس لأن حاجة كل واحد منهما إلى المنفعة التي ليست عنده باقية (الزيلعي) (أنظر شرح المادتين (٣٢ و٤٥٠).

فعليه لا تستأجر دار في مقابل دار أخرى وفرس في مقابل فرس أخرى أو أرض للزراعة في مقابل أرض أخرى غيرها وإذا استؤجر شيء من ذلك تكون الإجارة فاسدة ويلزم أجر المثل(مجمع الأنهر، الزيلعي).

﴿المادة ٤٦٤﴾ بدل الإجارة يكون معلوماً بتعيين مقداره ان كان نقداً كثمن المبيع.

بدل الإجارة أن كان نقداً يكون معلوماً بالإشارة إذا كان موجوداً في مجلس العقد وإلاّ فعلى مقتضى المادة (٢٣٩) ببيان وصفه وتعيين مقداره ونوعه كثمن المبيع.

العلم بالإشارة: يكون بدل الإجارة معلوماً إذا كان موجوداً في مجلس العقد بالمشاهدة والإشارة ولا حاجة إلى وصفه كبيان القدر والوصف.

العلم ببيان المقدار والوصف: يلزم بيان جنسه كقولك دنانير ووصفه كقولك عثمانية أو غيرها ومقداره كقولك عشرين ديناراً مثلاً.

وإذا كانت النقود الرائجة في بلدة مختلفة تجري فيها الأحكام البينة في المادة (٢٤٠) وشرحها. فعليه لو أوجر ملك في بلدة يتداول فيها الناس دنانير مختلفة بكذا ديناراً بدونٌ تعيين نوعه تكون الإجارة فاسدة أما إذا كان النقد في البلد واحداً ينصرف الكلام إليه. وإذا تعدد النقد وكان الغالب

التعامل بنوع منها ينصرف بحكم العرف إلى النقد الذي يغلب رواجه وتكون الإجارة في الصورتين صحيحة (البزازية، الهندية، مجمع الأنهر، التنقيح، رد المحتار).

وإذا عقدت الإجارة على قروش فللمستأجر أن يعطي الأجرة من أي نوع من أنواع العملة الرائجة (أنظر المادة (٢٤١).

ويعتبر نقد البلد التي وقع فيها العقد يعني لو استؤجرت دابة للنقل من محل إلى آخر يعتبر في أعطاء الأجرة النقد الرائج في البلد التي وقع فيها العقد.

مثلاً: إذا استؤجرت دابة من استانبول إلى ادرنةبكذا قرشاً فيلزم إعطاء الأجرة من نقد استانبول الرائج (الهندية في الباب السادس والعشرين) لأنها مكان العقد فينصرف مطلق الدراهم إلى المتعارف في مكان العقد (الطوري).

ولا يتعين بدل الإجارة الذي يكون نقداً بتعيينه في عقد الإجارة. (أنظر المادة (٢٤٢) متناً وشرحاً) لأن النقد خلق ثمناً فالأصل فيه وجوبه في الذمة لتوصله إلى العين المقصودة وإعتبار التعيين فيه يخالف ذلك.

مثلاً: لو أظهر المستأجر ذهبة بمائة قرش قائلاً استأجرت هذه الدار بهذه الذهبة وقال له الآخر آجرتك إياها فلا يكون المستأجر مجبراً على أداء تلك الذهبة عيناً. حتى انه يمكنه أن يرجعها بعد ذلك إلى محلها ويعطي غيرها وإذا تلف البدل قبل التسليم فلا تنفسخ الإجارة أما إذا كان البدل ذهباً أو فضة، غير النقد كالحلي والأواني الفضية أو الذهبية فكما أنه يتعين بالتعيين إذا كان من المثليات كالشعير والحنطة. حتى أنه إذا كان البدل عيناً وتلف قبل القبض تنفسخ الإجارة كما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض (أنظر المادة «٢٩٣» أشباه).

المادة ﴿٤٦٥﴾ يلزم بيان مقدار بدل الإجارة ووصفه إن كان من العروض أو المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة. ويلزم تسليم ما يحتاج إلى الحمل والمؤونة في المحل الذي شرط تسليمه فيه. وان كان عملاً ففي محل عمل الأجير وإن كان حمولة ففي مكان لزوم الأجرة. وأما في الأشياء التي ليست محتاجة إلى الحمل والمؤونة ففي المحل الذي يختار للتسليم.

يلزم بيان مقدار بدل الإجارة وجنسه ونوعه ووصفه (أي ان كان جيداً أو رديئاً) إن كان البدل من العروض وكان معلوماً على الوجه المذكورفي المادتين (٢٠١، ٢٠٢) أو من الموزونات أو المكيلات أو العدديات المتقاربة ما لم يكن موجوداً في مجلس العقد فتكفي الإشارة إليه. وإذا لم يبين ذلك تكون الإجارة فاسدة(أنظر المادتين(٢٣٨ و٢٣٩ وشرحهما). وإذا كان بدل الإجارة دابة لزم أن تكون معينة (البحر ومجمع الأنهر).

ويلزم تسليم ما يحتاج إلى الحمل والمؤونة في المحل الذي شرط تسليمه فيه فيما لو شرط ذلك غير أن بيان مكان التسليم فى الإجارة غير شرط عند الإمامين وقد أخذت المجلة به.أما عند الإمام الأعظم فهوشرط(أنظر المادة «٨٣») . وإذا لم يشرط في بدل إجارة ما يحتاج إلى الحمل والمؤونة مكان التسليم فعلى رأي الإمامين كما مر أنه لا يخل في صحة الإجارة.فإن كان المأجور عقاراً فيسلم في المكان الذي يكون فيه العقار.وإن كان عملاً غير نقل الحمولة ففي محل عمل الأجير.وإن كان حمولة بلا نقل ووجد سبب من الأسباب المبينة في الفصل الآتي ففي مكان لزوم الأجرة. حتى أن الآجر إذا طلب الأجرة في مكان آخر فلا يكون المستأجر مجبراً على أدائها، وللآجر أن يطالب المستأجر بكفيل لتأدية البدل في المكان المشروط(أنظر المادة (٦٥٦)) .

أما إذا كان البدل مما لا يحتاج إلى حمل ومؤونة ولم يعين لتسليمه مكان،فيأخذه الاجر من حيث شاء ويسلمه المستأجر حيث أراد (أنظر شرح المادة (٢٣٩)) (رد المحتار، النتيجة، البحر) .



الفصل الثاني

في بيان المسائل المتعلقة بسبب لزوم الاجرة وكيفية استحقاق الآجر الاجرة.

بما أنه بين في هذا الفصل سبب لزوم الاجرة وكيفية استحقاقها، رؤي من المناسب الإتيان بإيضاح للاجرة ومن تلزمه ومن يملكها ويستحقها كما يأتي:

تلزم الاجرة كل من تعود إليه حقوق العقد أي المستأجر.

مسائل تتفرع عن هذه القاعدة:

(١)، إذا صنع خياط ثوباً ودفعه إلى غلام رجل سلمه إليه هذا الغلام لزمت الغلام الاجرة وليس له أن يقول للخياط أن الثوب لسيدي فخذ الاجرة منه (أنظر المادة (١٤٦١) «الفيضية»).

«٢»، إذا أقر المستأجر بعد عقد الإجارة بأن اسمه فيه عارية لفلان وصدقه المقر له في ذلك، كان إعترافاً منه بأن العاقد وكيل عن المقر له في ذلك، وحيث علم أنه وكيل فحقوق العقد من المطالبة بالأجرة وتوجيه الخصومة إنما هي لمن باشر العقد «التنقيح».

«٣» إذا تزوج رجل امرأة تسكن داراً بالاجرة وطلب الآجر الاجرة من المرأة بعد وصولها وقالت المرأة لزوجها «انني قلت لك هذه الدار بالاجرة فيلزمك أجرها» فلا يلتفت إلى قولها. وتلزم الاجرة المرأة لكونها عاقدة. إذا كان كفيلاً لما يلزم ذمة زوجته من بدل الإجارة يؤخذ منه أيضاً بمقتضى كفالته ولكن ليس له بعد ذلك الرجوع على زوجته بالمبلغ الذي أداه عنها. إما إذا ضمن الزوج البدل بشرط أن يرجع به على زوجته فله ذلك (الهندية في الكفالة في الباب الثاني).

(٤) إذا اقترض شخص من آخر كمية من الحنطة فاستأجر المقرض حمالاً فنقلها إلى داره لزمت أجرة الحمل المقرض. أما إذا كان المستقرض هو الذي أمر الحمال بحملها فللمقرض الرجوع على المستقرض بأجرة الحمال (الهندية).

الأجرة لمن يؤجر:

وهذه القاعدة لا تجري في البيع فلذا لا يكون ثمن المبيع لمن باعه. مثلاً: إذا باع شخص ملك آخر فضولاً فظهر المستحق فالثمن للمستحق.

ووجه الفرق: أن المنافع غير متقومة في حد ذاتها وإنما تتقوم بعقد الإجارة وعلى ذلك إذا عقد

الفضولي الإجارة يكون بذلك قد قوم المنافع وملك بدلها لكن المبيع متقوم في ذاته.

مسائل متفرعة عن هذه القاعدة:

(١) إذا آجر شخص داراً من آخر وبعد ذلك ظهر لها مستحق وضبطها فالاجرة تكون قضاء لذلك الرجل لأنه هو العاقد وليست للمستحق. (الهندية، الفيضية، البزازية).

(٢) إذا غصب شخص مالاً معداً للإستغلال أو مال يتيم أو مال وقف وآجره من آخر اعطاه المستأجر الإجرة لا صاحب المال أو المتولي أو الوصي (الانقروي).

أما إذا انعزل قيم الوقف بعد أن آجر ملك الوقف أو توفي أصبح تقاضي الأجرة عائداً على القيم اللاحق (الأنقروي). (وليس على القيم السابق أو على ورثته إذا توفي). حتى ان المستأجر إذا أعطى الأجرة القيم المعزول فلا تبرأ ذمته من الدين ويكون مجبراً على اعطائه مرة أخرى للقيم اللاحق على أن له استرداد ما أعطى القيم المعزول لأن المعزول يكون قد أخذ الأجرة بدون حق (الخيرية).

﴿المادة ٤٦٦﴾ لا تلزم الأجرة بالعقد المطلق. يعني لا يلزم تسليم بدل الإجارة بمجرد انعقادها حالاً.

لا تلزم الأجرة في الإجارة المنجزة والمضافة بالعقد المطلق بخلاف البيع فإنه يلزم فيه الثمن بالعقد المطلق.

وإليك الفرق: تنعقد الإجارة شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة. أما في العقد المذكور فمعاوضة. وبما أن المنفعة تحصل شيئاً فشيئاً فاستيفاؤها مرة واحدة غير ممكن. وعلى ذلك فلما كان جانب المنفعة متراخياً فمن الضروري تحقيقاً للمساواة أن يتراخى استيفاء البدل ويتأخر وبعبارة أخرى بما أن الإجارة معاوضة فكما يمتنع ثبوت ملكية المنافع وقت العقد يمتنع ثبوت ملكية البدل أيضاً.

أما عند الشافعي فتلزم الأجرة بالعقد المطلق. فعليه متى استلم المستأجر المأجور يكون مجبراً على أداء الإجارة. لأن المنفعة وان كانت معدومة فبالنسبة إلى المشار إليه أصبحت كأنها موجودة حكماً(الزيلعي).

وتكون الإجارة (بعقد كهذا) صحيحة. وليس التصريح الخاص لتأجيل بدل الإجارة أو نعجيله شرطاً في صحتها. أنظر المادة «٢٥١».

يعني لا يلزم تسليم بدل الإجارة للآجر عقيب انعقادها حالاً بشرط تعجيل البدل أو تأجيله (١) ولا يطالب المستأجر بتسليم بدل الإجارة سواء أكان بدل الإجارة عيناً أو ديناً أو منفعة وإنما تلزم الأجرة كما سيأتي في المواد الأربع الآتية بسبب من أسباب أربعة.

(١) يراد بهذه تفسير معنى المطلق.

ولا تلزم الأجرة إذا كان منفعة بالعقد المطلق لأنها ليست بمال موجود فلا يمكن تمليكها حالاً. إن المادة(٤٧٥) فرع لهذه المادة. (الدرر، ورد المحتار وعبد الحليم، وأشباه والهندية والزيلعي والبحر وفيضيه).

الخلاصة: أما أن يشرط في عقد الإجارة تعجيل الأجرة أو تأجيلها أو تقسيطها وأما أن يسكت فلا يذكر شيء من تعجيل أو تأجيل أو تقسيط. فحكم الصورة الأولى سيأتي في المادة (٤٧٥) (النتيجة) (الطوري).

ولا يملك المؤجر بالعقد المطلق الأجرة إذا كانت عيناً اتفاقاً وعليه فإذا كانت الأجرة عقاراً معيناً ولم يشرط في الإجارة تعجيل استيفاء المنفعة وباع المؤجر ذلك العقار من آخر فلا يكون نافذاً «نتائج الأفكار قياساً».

إذا كانت الأجرة ديناً فلا يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد كما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهذا هو القول الصحيح. وعلى ذلك فكما أن الآجر لا يملك الأجرة بنفس العقد لا يلزم المستأجر أداؤها (عبد الحليم).

والحاصل إذا كانت الأجرة عيناً لا يملك المؤجر الأجرة بنفس العقد اتفاقاً وكذلك إذا كانت ديناً على قول جمهور الفقهاء.

وقد قال غير هؤلاء من الفقهاء أن الآجر وان كان يملك الأجرة بنفس العقد فلا يلزم المستأجر إيفاؤها أي أنه بالنظر إلى قول هذا الفريق من الفقهاء يملك المؤجر الأجرة إذا كانت ديناً بنفس العقد وان لم يكن أداؤها لازماً (عبد الحليم). «الأجرة إذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد وان كانت ديناً تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل». «نتائج الأفكار».

قول صاحب الهداية لا تجب بالعقد أي لا يجب أداؤها وتسليمها. وعدم لزوم المستأجر الأجرة، وعدم وجوب التسليم من مقتضيات القول الأول أيضاً.لأن عدم لزوم تسليم الشيء غير المملوك أولى. إلا أنه لم يفهم في عبارة المجلة ما يدل على أنها ترجح أحد القولين.

سؤال: إن الإبراء من الأجرة بعد عقد الإجارة صحيح مع أن الآجر لم يصر مالكاً للأجرة فكان من اللازم أن يكون إبراؤه غير صحيح. فلو آجر شخص داره من آخر بالف غرش سنة وبعد ذلك ابرأ المستأجر من الأجرة أو وهبه إياها كان ابراؤه أو هبته صحيحة على رأي الإمام محمد ورأي الإمام ابي يوسف الأول «وبه نأخذ» (الشارح).

أما إذا ابرأ المؤجر على الصورة المذكورة المستأجر بعد مضي ستة أشهر فعلى رأي الإمام محمد يكون قد ابرأه في الكل.

وإذا آجرها في محرم مشاهرة وابرأ المستأجر من بدل إيجار محرم ولم يكن داخلاً فلا يصح «ولو وهب بعض الأجرة أو ابرأ منها جاز إجماعاً.أما على أصل محمد فظاهر لأن الهبة تجوز عنده في الجميع

فكذا في البعض. وأما على أصل ابي يوسف فهبة البعض حق يلحق بالأصل فيصير كالموجود في حال العقد. «وهبة الجميع لا تلحق بالعقد فتثبت في الحال وليس هناك حق واجب فلا يصح» «الشلبي».

ويجوز أيضاً أن يأخذ الآجر في مقابل بدل الإجارة كفيلاً على المستأجر أو أن يأخذ رهناً منه والحال أنه إذا كانت الأجرة غير ثابتة في ذمة المستأجر لكان ذلك كفالة لدين معدوم أو رهن. وهذا باطل.

الجواب- بما أن العقد (الذي هو مسبب في وجوب بدل الإجارة) موجود يصح الإبراء بعد وجود سبب الوجود كالابراء من القصاص بعد الجرح (الطواري).

أما الكفالة والرهن فبما أنهما للتوفيق فقط فلا يشترط فيهما حقيقة الوجوب كما أنه تجوز الكفالة والرهن في البيع بخيار الشرط وفي الدين الموعود.كذلك تجوز الكفالة في الدرك ويصح تعليق الكفالة على شرط (الزيلعي)[1].

﴿المادة ٤٦٧﴾ تلزم الأجرة بالتعجيل يعني لو سلم المستأجر الأجرة نقداً ملكها الآجر وليس للمستأجر استردادها.

تلزم الأجرة باربعة أسباب:

السبب الأول: تلزم الأجرة بالتعجيل. أي إذا عقدت الإجارة ولم يشرط فيها التعجيل ولم تكن الأجرة لازمة المستأجر بسبب ذلك وأعطى المستأجر المؤجر الأجرة سلفاً سواء أكانت الإجارة منجزة أو مضافة. لأن المستأجر بتسلم البدل للمؤجر معجلاً قد اسقط حقه الثابت له بمقتضى المساواة اللازمة في الحقوق بين الآجر والمستأجر الذي يوجبه مقتضى العقد.أي أن المستأجر إذا سلم الآجر الأجرة سلفاً ولم يشرط في عقد الإجارة تعجيلها فليس له بعد ذلك حق استردادها بداعي عدم وجود شرط لتعجيل البدل أو بداعي عدم استيفائه المنفعة بعد (رد المحتار، الطوري) لأن من القواعد الفقهية أنه إذا أعطى شخص آخر مالاً لغرض ما فليس له استرداده ما بقي الغرض (منافع الدقائق).

وذلك ما لم تنفسخ الإجارة قبل انتهاء مدتها فللمستأجر حينئذ استرداد ما زاد من الأجرة عن المدة التي سكن فيها الدار من الآجر (أنظر شرح المادة ٤٤٣).

وتعجيل الأجرة في الإجارة المنجزة ولزومها متفق عليهما عند الفقهاء أما في الإجارة المضافة فقد اختلفوا في تعجيلها ولزومها فبعضهم قال بلزومها وبعضهم قال بعدم لزومها.

وبما أن هذه المادة قد قالت بتعجيل الأجرة ولزومها في الإجارة على الإطلاق، فيفهم من ذلك

(١) ولأن الرهن إستيفاء للدين حكماً فيكون معتبراً بالإستيفاء الحقيقي، فلو إستوفى الأجرة هنا حقيقة جاز هكذا حكماً.

أنها ترجح قول من قال بالتعجيل ولزوم الأجرة في الإجارة المضافة أيضاً لذلك فقد شرحناها على هذا الوجه .

التعجيل، نوعان:

النوع الأول: التعجيل الحقيقي وهو ظاهر، النوع الثاني: التعجيل الحكمي.

الأجرة : وإذا كانت الأجرة عيناً واعارها المستأجر للآجر أو أودعها عنده أو باع المستأجر في مقابل الأجرة مالاً من المؤجر وسلمه إياه وقبضه المؤجر منه يكون ذلك جائزاً وهو في حكم تعجيل البدل (رد المحتار، الهندية).

السبب الثاني: شرط التعجيل وسيبين في المادة الآتية:

السبب الثالث: إستيفاء المنفعة، وسيأتي بيانه في المادة ٤٦٩ .

السبب الرابع: الإقتدار على إستيفاء المنفعة، وسيأتي بيانه في المادة ٤٧٠ .

﴿المادة ٤٦٨﴾ تلزم الأجرة بشرط التعجيل. يعني لو شرط كون الأجرة معجلة، يلزم المستأجر تسليمها ان كان عقد الإجارة وارداً على منافع الأعيان أو على العمل. ففي الصورة الأولى للآجر أن يمتنع عن تسليم المأجور. وفي الصورة الثانية للأجير أن يمتنع عن العمل إلى أن يستوفيا الأجرة. وعلى كلتا الصورتين لهما المطالبة بالأجرة نقداً فإن امتنع المستأجر عن الإيفاء فلهما فسخ الإجارة.

تلزم الأجرة بشرط التعجيل:أي إذا شرط اعطاء الأجرة معجلة سواء أكان ذلك في أثناء عقد الإجارة أو بعده (أنظر المادة ٨٣).

سؤال: إن شرط التعجيل مناف لمقتضى العقد وفيه منفعة لأحد الطرفين ومقتضى ذلك أن تفسد به الإجارة فلم لم تفسد؟

الجواب: بما أن الإجارة عقد معاوضة فلا يكون شرط التعجيل في الأجرة مخالفاً لمقتضى العقد لأن عقد الإجارة كالبيع يجب التعجيل فيه،ولكن يسقط التعجيل في الإجارة لمانع المساواة،وبما أن المساواة حق من حقوق المستأجر فبالتعجيل يكون قد أسقط ذلك الحق فيعود الممنوع بزوال المانع (أنظر المادة (٢٤)).

والمقصود من الأجرة الأجر المسمى. وعلى ذلك ليس للمستأجر بعد أداء الأجر المسمى أن يقول إن الأجرة التي أديتها تزيد عن أجر المثل كذا غرشاً ويطلب استردادالزيادة. والحكم في المادتين (٤٦٩ و٤٧٠) على هذا الوجه أيضاً (علي افندي).

يعني لو شرط الآجر حين العقد كون الأجرة معجلة كما فصل في المادة (٤٢١)،لزم المستأجر تسليمها إلى الآجر ان كان عقد الإجارة وارداً (١) على منافع الأعيان(٢) على العمل الذي هو منافع الآدمي. وعلى ذلك فللآجر المطالبة بالأجرة على وجه السلف.

فلو آجر شخص داراً لمدة سنة وبعد مرور شهرين من السنة شرط المؤجر على المستأجر أن يدفع له البدل كاملاً وقبل المستأجر بذلك وتعهد به،لزم أداء البدل على الوجه المشروط لأن ذلك بمنزلة شرط تعجيل البدل (الشلبي).

وللآجر في الصورة الأولى المشار إليها برقم(١) أن يمتنع عن تسليم المأجور إلى المستأجر ويحبسه عنه إلى أن يستوفي منه الأجر.كما أن للأجير في الصورة الثانية المشار إليها برقم اثنين (٢) الإمتناع عن العمل إلى أن يستوفي أجرته. وإذا امتنع الآجر عن تسليم المأجور فليس له أخذ الأجرة لأن الأجرة تبدأ من تسليم المأجور. كما أنه ليس للأجير أجرة ما امتنع عن العمل.

وعليه فبما أنه يترتب على إمساك المأجور أو اضراب الأجير عن العمل ضرر فللآجر وللأجير فسخ الإجارة إذا طالبا بالأجرة ولم تدفع لهما سلفاً على الوجه المشروط. (الطوري) وإلا فليس للآجر أن يبيع المأجور قبل الفسخ بداعي عدم أخذ الأجرة. أنظر المادة (٤٩٠).

ولزوم الأجرة في الإجارة المنجزة الواقعة بشرط التعجيل متفق عليه. غير أنه وقد اختلف في لزوم الأجرة في الإجارة المضافة الواقعة بشرط التعجيل،فبعض الفقهاء قال ببطلان التعجيل في الإجارة المضافة وعدم لزوم الأجرة قبل حلول الوقت الذي تضاف إليه الإجارة لأن عدم وجوب الأجرة ليس من مقتضى العقد.وإنما يمنع التصريح بالإضافة إلى وقت مستقبل وجوب الأجرة معجلة. لأن ما يضاف إلى وقت فلا يكون موجوداً قبل حلول الوقت «الا ترى أن الثمن في البيع يجب في الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن.لأن العقد يقتضي المساواة ثم إذا كان الثمن مؤجلاً يجب تسليمه في الحال لأنه تأخر بالعقد صريحاً «الزيلعي، عبد الحليم، الهندية، مجمع الأنهر».

وقال بعض الفقهاء بلزوم الأجرة في الإجارة المضافة بشرط التعجيل وبما أن المادة(٤٤٠) من المجلة قبلت بالرأي القائل بلزوم الإجارة المضافة.وقد ورد في المادة(٤٧٦) بصورة مطلقة مما يدل على قبولها الأجرة في الإجارة المذكورة.فمن اللائق أيضاً أن يقبل بذلك ولاسيما وأن إطلاق هذه المادة وعدم تقييدها بقيد الإجارة المنجزة يدل على ذلك أيضاً.

﴿المادة ٤٦٩﴾ تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة مثلاً لو استأجر أحد دابة على أن يركبها إلى محل ثم ركبها ووصل إلى ذلك المحل يستحق آجرها الاجرة.

تلزم الاجرة باستيفاء المنفعة أي باستيفاء المنفعة المعقود عليها في الإجارة كلها أو بعضها أو إيفاء الأجير العمل الذي استؤجر لاجله وإتمامه. لانه بذلك تتحقق المساواة وتلزم الاجرة سواء أكانت الإجارة صحيحة أو فاسدة. إلاّ أنه يلزم في الإجارة الصحيحة الأجر المسمى وفي الإجارة الفاسدة أجر المثل.

غير أنه يجب للزوم الاجرة أن تكون المنفعة المستوفاة هي المنفعة المعقود عليها.

وعلى ذلك فلو استأجر شخص دابة مع تعيين المدة والمسافة وركب في غير المدة المعينة فلا تلزمه الاجرة لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وليس لهذه المدة من عقد.

مثلاً: لو استأجر أحد دابة ليركبها إلى محل ووصل إلى ذلك المحل يستحق آجرها الاجرة لإستيفاء المنفعة ويلزم المستأجر اداؤها (الهندية في الباب الثاني). وتستوفى المنفعة كلها كما ورد في مثال المجلة وهو مثال للمأجور إذا كان دابة. والحكم في العقار والأجير على الوجه المذكور أيضاً.

مثال للعقار: إذا آجر شخص داره آخر لمدة سنة وسكن المستأجر سنة في الدار لزم المستأجر اداء بدل الإيجار إلى المؤجر. مثال للأجير: إذا أعطى شخص حمالاً حملاً ليوصله إلى محل واوصله لزم المستأجر اداء الاجرة إلى الأجير.

وهكذا إذا استوفيت المنفعة كلها لزم بدل الإيجار كله. كما أنه قد يستوفى بعضها، وعلى ذلك فإذا كانت الإجارة واقعة على المدة كما في إجارة الدواب لزم المستأجر اعطاء ما يلحق المدة التي إستوفى منافعها من الاجرة. وإذا كانت أجرة المنافع المستوفاة تعلم بدون مشقة كما سيجيء في الأمثلة الآتية فالقياس في ذلك أن يلزم لكل جزء من المنافع نصيبه من الأجرة.إلّا أنه في حساب ذلك حرج ومشقة (أنظر المادة ١٧) وقد جاء (ففي الدار يجب لكل يوم لأن اليوم مقصود بالانتفاع وأخذ البدل عنه لا يفضي إلى الضرر وفي المسافة لكل مرحلة وهو استحسان.والقياس أنه يجب في كل ساعة بحسابه تحقيقاً للمساواة إلّا أنه يفضي إلى الحرج لأنه لا تعلم حصته إلّا بمشقة ولا يتفرغ لغيره.أي لأنه كما يفرغ من تسليم اجرة ساعة يجب عليه تسليم أجرة ساعة أخرى على التوالي فرجع إلى ما ذكرناه لأن حصته من الاجرة معلومة بغير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته).

مثال العقار: لو آجر شخص داره شهراً بثلاثين قرشاً وسكن المستأجر الدار يوماً واحداً اقتضى بذلك اعطاء المؤجر قرشاً واحداً نصيب ذلك اليوم من الاجرة وللمؤجر المطالبة به وليس للمستأجر أن يمتنع عن اعطاء أجرة ذلك اليوم بداعي أنه سيؤدي اجرة الشهر كاملة في آخره دفعة واحدة (الزيلعي).

مثال آخر: إذا آجر شخص عرصته من آخر لمدة شهر فعلى المستأجر أن يؤدي للمؤجر خمسة قروش اجرة ذلك اليوم وللمؤجر أن يطالب بذلك. وليس للمستأجر أن يمتنع عن الاعطاء بداعي أنه سيؤدي الأجرة تامة في نهاية الشهر (الزيلعي).

وعلى قول الإمام الأعظم والإمام زفر لا يلزم شيء من الأجرة ما لم تستوف المنفعة برمتها ويوفي العامل العمل بجملته «لأن المعقود عليه جملة المنافع والعمل فلا يتوزع الأجر على أجزائها والمنافع لم تصر مسلمة إليه فلا يطالب ببدلها كالثمن في البيع والرهن في الدين» غير أن الإمام الأعظم قد رجع بعد ذلك عن قوله الأول وقال بلزوم أجرة ما يستوفى من المنافع.

أما في الإجارة الواردة على الخياطة والقصارة وما إليها من الأعمال فتلزم الاجرة بعد الفراغ

من العمل لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل (الزيلعي. الشلبي).

والفقرة الواردة في مثال المجلة «ووصل إلى المحل» فكما انها موافقة تمام الموافقة مذهب الإمام زفرفهي مطابقة لمذهب الإمام الأعظم الأخير غير أنه يؤخذ من ذلك ترجيح مذهب زفر(أنظر شرح المادة (٤٧٥)).

بعض مسائل في لزوم الاجرة باستيفاء كل المنفعة:

١ - إذا استأجر شخص أجيراً لرؤية مصلحة ما والأجير قام بتلك المصلحة استحق الأجير بما أنه أوفى العمل،الأجر المسمى (أنظر المادة (٤٢٤) (علي افندي).

فعليه لو استأجر شخص آخر على أن يركبه على ظهره ويوصله إلى المحل الفلاني مقابل فرس معين فأوصله المذكور إلى المحل المقصود فللأجير أن يأخذ من المستأجر ذلك الفرس بدل إجارة. كذلك لو استأجر شخص آخر على أن يخدمه أو يقوم بخدمته مدة معينة بكذا قرشاً وقام بخدمته في تلك المدة فله أخذ الأجر المسمى (علي أفندي).

وكذلك لو قال شخص لأحد العلماء عظ الناس يومين في الأسبوع في الجامع الفلاني ولك مني في السنة كذا قرشاً وقام بذلك مدة سنتين فكان يأتي إلى ذلك الجامع يومين في الأسبوع ويعظ الناس وينصحهم فلذلك العالم الأجر المسمى (البهجة).

٢ - إذا استأجر شخص آخر لخبز الخبز في بيته في التنور وقام ذلك الشخص بما عهد إليه به استحق الأجر المسمى بمجرد خبزه وإخراجه من التنور. (لأن تمامه بذلك وباخراج بعضه بحسابه لأن العمل في ذلك القدر صار مسلماً إلى صاحب الدقيق (الدر المختار، رد المحتار ملخصاً).

وعلى ذلك فلو تلف الخبز بعد اخراجه من التنور بدون دخل الأجير فلا يسقط شيء من الأجر المسمى ولا يلزمه ضمان مثله. لعدم التعدي (استأجره ليخبز له في منزله فلما أخرجه من التنور احترق من غير فعله، قالوا له الأجر ولا ضمان عليه. أما عند أبي حنيفة فلأنه لم يهلك من صنعه،أما عندهما فلأنه هلك بعد التسليم (شلبي ملخصاً).

وان احترق قبل الاخراج لا أجر له ويغرم اتفاقاً لتقصيره وإن لم يكن الخبز في بيت المستأجر سواء كان في بيت الخباز أو لا فاحترق أو سرق فلا أجر له لعدم التسليم حقيقة.ولا ضمان لو سرق لأنه في يده أمانة خلافاً لهما وهي مسألة الأجير المشترك (التنوير، الدر المختار).

٣ - اذا استأجر شخص أجيراً ليعمل مقداراً من اللبن وعمل له المقدار المطلوب وجففه وكومه كومة وسلمه إلى المستأجر استحق الأجر المسمى. وعلى ذلك فلو اصابه مطر قبل جفافه فليس للأجير اجرة (رد المحتار).

٤ - لو استأجر شخص حمالاً بقوله: (انقل هذا الحمل من هنا إلى المحل الفلاني) ونقله

الحمال إلى المحل المطلوب استحق الاجرة ولو استغرق نقله مدة أطول من المدة التي عينها له المستأجر. أنظر شرح المادة (٤٢٢) لأن المقصود هو العمل وقد حصل (الأنقروي).

٥ - إذا استأجر إنسان آخر لاحضار عياله من محل على أن تكون أجرة النقل من الأجير وتوفي بعض عياله واحضر الأجير البعض الآخر ينظر فإذا كان عدد أفراد العائلة معلوماً لدى العاقدين أو كان المستأجر أعلم الأجير بعددهم يأخذ الأجير أجرة الذهاب كاملة كما يأخذ أجرة من أحضر منهم راجعاً. لأنه أوفى بعض المعقود عليه. ولكن إذا وجد الأجير كل العائلة وقد توفيت فليس له شيء من الأجرة لأن المعقود عليه المجيء بهم ولم يوجد ولو ذهب ولم يحمل أحداً منهم لم يجب شيء (الهندية في الباب الحادي والعشرين من الإجارة).

أما إذا استأجره ليرافق عائلته في سفرهم فقط على أن تكون الأجرة منه أي من المستأجر وتوفي بعض العائلة وأحضر البعض الآخر فله الأجرة تامة (رد المحتار، الهندية).

٦ - إذا استأجر شخص حمالاً لاحضار حمل معلوم معين من مكان وذهب الحمال لإحضاره فلم يجده ورجع فارغاً لزم اعطاؤه ما يلحق ذهابه وإيابه فارغاً من الأجر المسمى لأن الذهاب حصل لأجل المستأجر. أما إذا استأجره لاحضار مقدار من الحنطة ولم تكن الحنطة معلومة ومعينة وذهب ولم يحضرها لزم أجر المثل على شرط ألا يتجاوز حصة الذهاب من الأجر المسمى (البزازية، الهندية، البهجة).

٧ - إذا استأجر شخص أجيراً ليوصل شيئاً إلى أحد الناس كرسالة مما لا يحتاج في حمله إلى مؤونة أو كطعام مما يحتاج في حمله إلى مؤونة وذهب ذلك الأجير إلى المحل الذي أرسل إليه فلم يجد الرجل بل وجده قد توفي أو سافر إلى بلدة أخرى وقفل راجعاً بما معه، فبما أنه يكون قد نقض عمله بنفسه فليس له أجرة. أما إذا سلم ما معه لورثة المرسل إليه (إذا كان غائباً) فله أخذ الأجرة لذهابه لأنه أتى بما في وسعه «التنوير، ورد المحتار، والهندية».

٨ - إذا استأجر شخص آخر ليبلغ آخر كلاماً ويدعوه ووصل الأجير إلى المحل الذي يقيم فيه المرسل إليه فوجده قد توفي فبلغ ورثته ذلك أو وجده غائباً فبلغ ذلك إلى أحد الناس ليبلغه إياه عند عودته أو عاد بدون أن يبلغ ذلك لأحد أخذ الأجرة كاملة وفي هذه الصورة تلزم المرسل الاجرة وليس المرسل إليه. (والفرق بينها وبين مسألة إيصال الكتاب أن الرسالة قد تكون سراً لا يرضي المرسل بأن يطلع عليها غيره أما الكتاب فمختوم فلو تركه مختوماً لا يطلع عليه غيره. (رد المحتار).

﴿المادة ٤٧٠﴾ تلزم الاجرة أيضاً في الإجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة. مثلاً لو استأجر أحد داراً استئجاراً صحيحاً فبعد قبضها يلزم اعطاء الاجرة وإن لم يسكنها.

تلزم الأجرة أيضاً في الإجارة الصحيحة بالاقتدار على استيفاء المنفعة في المدة الواردة في العقد وفي المكان المضاف إليه كما تلزم باستيفاء المنفعة بالفعل. (ولو ذكرت المدة والمسافة فركبها إلى ذلك

المكان بعد مضي المدة لم تجب الاجرة (تكملة البحر). وإلاّ فالانتفاع الحقيقي ليس شرطاً في لزوم الاجرة لأن المنفعة لما كانت عرضاً من الأعراض لا تبقى في زمانين معاً فليس من المتصور تسليمها. وقد أقيم تسليم محل المنفعة وهو المأجور مقام تسليمها فتلزم الأجرة باستلام المأجور للتمكن من إستيفاء المنفعة منه إذ ليس في وسع المؤجر أكثر من تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور بتسليمه إياه فمتى تحقق وجب الأجر وان لم ينتفع بها كما إذا قبض المبيع ولم ينتفع به. أنظر المادة (٤٧٩) (الزيلعي، مجمع الأنهر، شلبي).

مستثنى. قد استثني من حكم هذه المادة المسألة الآتية:

إذا استأجر شخص دابة ليركبها إلى محل وربطها في اصطبله لا تلزم أجرة كما أنه لا تلزمه أجرة فيما لو استأجر دابة ليركبها من اسكدار إلى ازميت وأمسكها في اسكدار ولم يذهب بها إلى أزميت وإذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان كذا فحبسها في بيته لم تجب الأجرة (الطوري).

وهذا وجه الاستثناء: ان في مسألة الدابة وحبسها ضرراً فيكون المستأجر بالإمساك المذكور متعدياً. وتلزم الاجرة عند الشافعي في هذه المسألة أيضاً. (الطوري، الشلبي).

مثلاً: لو استأجر أحد داراً باجارة صحيحة فبعد قبضها «خالية من الموانع» يلزمه إعطاء الأجرة التي هي الأجر المسمى. وان لم يسكنها أصلاً ما لم يوجد مانع من الإنتفاع بها كأن تغصب الدار من يد المستأجر. وقد أريد بقيد «خالية من الموانع» الإحتراز عن تسليم الدار وفيها شيء كأثاث أو غيره لأنه لا يعتبر تسليم المؤجر الدار وفيها شيء من أثاثه (أنظر المادتين (٥٢٣، ٥٨٤)).

وعلى ذلك لو استأجر شخص حليًا لتزدان بها عروس وقبضها لزمته أجرتها ولو لم تتزين بها العروس.

وكذلك، لو استأجر شخص داراً شهراً وبعد أن أقام فيها يومين فقط انتقل لغيرها بدون عذر فللآجر أجرة الشهر كاملة (الهندية).

كذلك إذا استأجر ثوباً ليلبسه من صباح يوم إلى مسائه وأبقاه في بيته إلى المساء دون أن يلبسه لزم اداء أجرته كاملة. وليس له بعد ذلك أن يلبسه في المساء «لأن صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب إليه وما زاد عليه ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لأن العقد انتهى بمضي المدة. والاذن في اللبس كان بحكم العقد. (الشلبي).

كذلك إذا استأجر شخص دابة لنقل حمل إلى محل ولم يحملها الحمل ولم يركبها بل ساقها سوقاً إلى المحل المذكور لزمته أجرتها ما لم يكن ثمة عذر منعه عن تحميلها فلا تلزمه أجرة حينئذ. (أنظر المادة (٥١٨) «الهندية، الدر المختار»).

كذلك تلزمه الأجرة فيما لو استأجر دابة ليركبها إلى محل ولم يركبها بل تركها تمشي في جانبه إلى المحل المقصود (الشلبي).

كذلك إذا استأجر شخص تنوراً مدة سنة وسده بعد أن اشتغل فيه ستة أشهر مع إمكان التصرف فيه لزمته السنة كاملة. (الفيضية) ما لم يقل المستأجر بأنه استأجر لستة أشهر مثلاً فالقول له (الهندية) وإذا أقام المتعاقدان البينة رجحت بينة الآجر.

كذلك إذا استأجر شخص أرضاً ليزرعها ما شاء وبعد أن قبضها وزرعها أكل الجراد زرعها لزمه أجرها المسمى إذا كـان زرعها في المدة الباقية ممكنة لأن الأجرة في الصحيحة تعتمد التمكن من الاستيفاء لا حقيقة الإستيفاء فيجب الأجر بالغاً ما بلغ وإن اكله الجراد بالاجماع (الخيرية).

وقد جاء في المادة (٤٢٥) أن الأجير الخاص إذا كان في مدة الإجارة حاضراً للعمل استحق الأجرة وعليه تعد المادة (٤٢٥) فرعاً لهذه المادة.

ويكون الإقتدار على إستيفاء المنفعة تسليم محل المنفعة إلى المستأجر أي أنه يقبض المستأجر المأجور ولا يوجد مانع من إستيفاء المنفعة في مدة الإجارة في المكان الذي شرط فيه التسليم (البزازية). قال المحيط «والتمكن من الإستيفاء في غير المدة المضاف إليها لا يكفي لوجوب الأجرة وكذا التمكن في غير المكان لا يكفي لوجوب الأجرة (الطوري)».

الخلاصة، ان لزوم الأجرة في الصحيحة مقيد بأربعة قيود:

(١) التمكن من إستيفاء المنفعة وعلى ذلك فلا تلزم الأجرة إذا لم يسلم الآجر المأجور اصلاً ولم يمكنه من استيفاء المنفعة أو سلمه إياه مشغولاً أو عرض سبب مانع من الإنتفاع بالمأجور كأن يغتصبْ المأجور من يد المستأجر ولم يمكن استرداده منه بشفاعة أو حماية بدون انفاق مال لزوال التمكن من الإنتفاع وهو شرط لوجوب الأجرة لا حقيقة الإنتفاع (الزيلعي) قوله سقط الأجر وذلك لأن استحقاق الأجرة إذا لم يوجد التعجيل اما باستيفاء المنافع أو بالتمكن من الإستيفاء وان لم يمكن الإستيفاء والتمكن منه أصلاً فلا تستحق الأجرة (شلبي).

وإذا اغتصب المأجور في بعض مدة الإجارة سقط من الأجرة بقدر ذلك البعض لأن السقوط بمقدار المسقط. وإذا أمكن اخراج الغاصب بشفاعة أو بحماية ولم يعمل المستأجر على إخراجه لا تسقط الأجرة لأنه مقصر لعدم الإخراج «أشباه، حموي». وأما لو لم يمكن إخراجه إلا بانفاق مال فلا يلزمه الأجر (رد المحتار).

أما إذا اختلف العاقدان في عروض المانع، كأن يدَّعي المستأجر أن المأجور قد اغتصب وينكر المؤجر ذلك فإذا كان المانع قائماً وقت الخصومة فالقول مع اليمين للمستأجر وإذا لم يكن المانع قائماً وقت الخصومة فالقول بعدم العلم مع اليمين للمؤجر. أما إذا اتفقا على حدوث المانع واختلفا في مدة بقائه فالقول للمستأجر (الهندية في الباب الخامس والعشرين).

وعلى ذلك فلا تلزم الأجرة المستأجر إذا استأجر دابة ليركبها إلى محل في خارج المدينة وبعد أن قبضها من المستأجر أخذها الآجر من يده وحبسها عنده قبل أن ينتفع بها. (أنظر شرح المادة(٤٧٨)).

كذلك لا تلزم الأجرة في المزرعة التي تسقى لأجل الزراعة إذا انقطعت عنها المياه مدة الإجارة ولم يمكن زرعها.

كذلك إذا تعطل النهر الأعظم ولم يمكن سقي منه فلا تلزم الأجرة (لسان الحكام). لذا إذا استؤجرت مزرعة تسقى بماء المطر ولم تمطر السماء وليس ماء آخر ولم يتمكن بذلك من الزرع فلا تلزمه أجرة لأنه لم يحصل اقتدار على استيفاء المنفعة (لسان الحكام).

وان سقطت الأجرة بغصب المأجور كما بينا آنفاً فلا تنفسخ الإجارة كما افتى بذلك القاضي فخر الدين (زيلعي).

وعليه إذا إستخلص المأجور من المغتصب وسلم الى المستأجر بقي بدل الإيجار سارياً. (انظر شرح المادة ٤٧٨).

كذلك إذا قال الآجر للمستأجر ها هي الدار فخذها واسكنها ولم يفتح المستأجر بابها ولم يسكنها وقال المستأجر بعد مرور مدة الإجارة إني لم اسكنها ينظر فإذا كان المستأجر يستطيع فتح الباب بدون كلفة لزمه الأجر وإلا لا. ولا حق للمؤجر في أن يقول للمستأجر هلا كسرت القفل ودخلت الدار(الهندية).

ثانيها- كون الإجارة صحيحة. ولا تلزم الأجرة بالتمكن في الإجارة الفاسدة(أنظر المادة الآتية).

ثالثها- كون التمكن في مكان العقد. حتى أنه لا تلزم الأجرة فيما لو سلمت الدابة المستأجرة من كوجك شكمجه في بيوك شكمجه.

رابعها- يلزم أن يكون التمكن في مدة الإجارة. وعليه فلو سلم الآجر المأجور إلى المستأجر في غير مدة الإجارة فلا تلزمه أجرة حتى أنه لا تلزم المستأجر أجرة لو استأجر فرساً ليركبه في يوم معين إلى بيوك شكمجه وسلم إليه الفرس في غيره وركبه إلى المكان المقصود.

لأنه إنما تمكن بعد مضي المدة (الطوري) استأجر دابة إلى الكوفة فسلمها المؤجر وامسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه، وان ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة. وقال الشافعي تجب الأجرة في الوجهين ودليلنا أن العقد وقع على مسافة فالتسليم في غيرها لا يستحق به البدل فإن قيل أن المستأجر قبض العين المستأجرة. تمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب أن تستقر الأجرة عليه أصله.إذا استأجرها شهراً للركوب قيل له التمكن من الإستيفاء في غير محل المعقود عليه كالتمكن من الإستيفاء في غير المدة والمعنى في الأصل أن العقد وقع على المدة وفي مسئلتنا على العمل وفرق ما بينهما كما لو استأجر رجلاً للخياطة أو استأجره يوماً للخياطة (شلبي).

﴿المادة ٤٧١﴾ لا يكون الإقتدار على استيفاء المنفعة كافياً في الإجارة الفاسدة ولا تلزم الأجرة ما لم يحصل الإنتفاع حقيقة.

لا يكون الإقتدار على استيفاء المنفعة أي قبض المأجور وكون الأجير حاضراً للعمل في إجارة الأجير كافياً للزوم الأجرة في الإجارة الفاسدة مهما كان السبب في فسادها. ولا تلزم الأجرة ما لم يسلم الآجر المأجور إلى المستأجر وينتفع به حقيقة وما لم يقم الأجير في إجارة الآدمي بالعمل فعلاً.

وحكم هذه المادة موافق للمادة(٢٧١) نظيرتها في البيوع وذلك كما يأتي: فكما أنه يتوقف في البيع الفاسد امتلاك المشتري للمبيع على القبض،كذلك يتوقف في الإجارة الفاسدة امتلاك المستأجر لمنافع المأجور على قبضها أي على استيفائها بالفعل.

وكما أن المشتري في البيع الفاسد يجبر على أداء ثمن المثل وليس على الثمن المسمى يجبر المستأجر في الإجارة الفاسدة على دفع بدل المثل لا على البدل المسمى أيضاً.

توضيح لإجارة الأموال:

يلزم بمقتضى التفصيلات التي مرت في المادة(٤٦٢) أجر المثل في الإجارة الفاسدة إذا انتفع بالمأجور انتفاعاً حقيقياً. فلو آجر شخص حصته الشائعة في طاحون مشتركة بينه وبين آخر في ديار أخرى من رجل بكذا غرشاً ولم يذهب المستأجر إلى تلك الديار ولم يستلم الطاحون بعد أن أخذ الآجر الأجرة منه سلفاً وفسخ الإجارة في الحال فله استرداد الأجرة التي أخذها الآجر.(أنظر المادة (٤٢٩)«علي افندي»).

ولا تلزم الأجرة ما لم يقع تسليم المأجور إلى المستأجر من جهة الآجر وان استوفى المستأجر المنفعة.(رد المحتار). يتفرع عن هذا مسألتان:

١- إذا آجر شخص الفرس الذي اشتراه من بائعه قبل أن يستلمه منه فليس الاستئجار جائزاً كما هو مبين في شرح المادة«٢٥٣» ولا تلزمه أجرة وان استعمله «الهندية».

وفي الواقع أنه لم يحصل في هذه المسألة تسليم في المأجور إذ لم يزل في يد البائع الذي هو المستأجر وبوجوده في يد لا يعد مستلماً.

٢- لا تلزم الأجرة في الإجارة الفاسدة إذا اغتصب المستأجر المأجور من المؤجر لامتناعه عن تسليمه إياه واستعماله إياه بهذا التسليم الظاهري.لأن المؤجر حينئذ لا يعد مستلماً للمأجور بل يكون المستأجر قد اغتصبه اغتصاباً إلا أنه إذا كان المأجور معداً للاستغلال أو مال وقف أو مال يتيم وغصب على هذه الصورة لزم أجر المثل.

توضيح لإجارة الآدمي: يشترط في لزوم الأجرة في الإجارة الفاسدة كون الأجير قد أدى العمل فعلاً، ويفهم ذلك من المادة «٥٦٨».

مستثنيات: إن مال الوقف ومال اليتيم إذا أوجرا إيجاراً فاسداً تلزم فيهما الأجرة بالإقتدار على استيفاء المنفعة فقط كما ذهب إليه المتأخرون من الفقهاء«أشباه، حموي، انقروي، رد المحتار» قلت وهل مال اليتيم والمعد للاستغلال والمستأجر في البيع وفاء على ما افتى به علماء الروم كذلك؟فهذا محل تردد فليراجع «الدر المختار».قلت:لا تردد في مال اليتيم لأن منافعه تضمن بالغصب وهذا من

قبيله (سائحاني، رد المحتار). على أنه ففي المعد للاستغلال والمستأجر في البيع وفاء محل للتردد.

﴿المادة ٤٧٢﴾ من استعمل مال غيره بدون عقد ولا إذن فإن كان معداً للاستغلال لزمته أجرة المثل وإلا فلا. لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال بالأجرة لزمه إعطاء الأجرة وان يكن معداً للاستغلال لأنه باستعماله في هذا الحال يكون راضياً بإعطاء الأجرة.

أي أنه إذا استعمل شخص مال غيره بدون عقد ولا إذن صاحب المال فإن كان ذلك المال معداً للاستغلال أو مال يتيم أو وقف لزمه أجر المثل. وان كان غير ما ذكر من الأموال فلا يلزمه لأن المنافع ليست في ذاتها متقومة. لأن التقوم يستدعي سبق الإحراز وما لا يبقى كيف يحرز وإنما صارت متقومة شرعاً بالعقد لضرورة حاجة الناس إليها. «الكفاية في الإجارة الفاسدة».

وإنما تتقوم المنافع بالعقد كماذكرنا لأن المنافع بالعقد تكون لها قيمة وتصير به مالاً. «الزيلعي في الإجارة الفاسدة، ومنافع الدقايق» فعليه لا يلزم الغاصب أداء منافع المغصوب كما هو مبين في المادة(٥٩٦).

مثلاً: إذا استأجر شخص داراً شهراً فقط بمائة قرش وسكن فيها شهرين لزمه الأجر المسمى في الشهر الأول وهو المائة القرش وأجر المثل في الشهر الثاني إذا كانت معدة للاستغلال وإذا دفع المستأجر أجرة الشهر الثاني للمؤجر فليس له استردادها (رد المحتار).

لكن لو استعمل المال بعد مطالبة صاحبه له بالأجرة وسكت لزمه إعطاء الأجرة وان لم يكن معداً للاستغلال أو مال وقف أو يتيم وذلك بمقتضى المادة(٤٣٨). وإلا فلا تلزمه لأنه باستعمال المال في هذا الحال بعد مطالبته من صاحب المال بالأجرة وسكوته يكون راضياً بالأجر المسمى لأنه عين الأجرة والغاصب رضي به ظاهراً فانعقد بينهما عقد إجارة (الدرر).

مثلاً: إذا استأجر أحد ثلاثة شركاء في دار حصتي شريكيه فيها وانقضت مدة الإجارة ولم يخلها وطالبه شريكاه بالأجرة وسكت لزمته (التنقيح).

إلا أنه يتوقف لزوم الأجرة في هذه الصورة على أن يكون المستأجر مالكاً للمأجور ومقراً بملكية طالب الأجرة. أما إذا كان منكراً الملكية ومدعياً إياها لنفسه فلا تلزمه أجرة أيضاً (أنظر المادة (٥٩٦). (الخانية)).

كذلك لو طلب المعير أجرة من المستعير وسكت، يجري الحكم على المنوال المشروح (أنظر شرح المادة (٥٩٦)«رد المحتار في آخر الجزء الثالث»).

وتشتمل هذه المادة على ثلاث فقر:

١- إذا استعمل أحد مال غيره بدون عقد ولا إذن وكان معداً للاستغلال فيلزمه أجر المثل.

٢- إذا استعمل أحد مال غيره بدون عقد ولا إذن ولم يكن معداً للاستغلال فلا يلزمه أجر المثل.

٣- إذا استعمل شخص مال غيره من غير عقد ولا إذن وبعد أن طالبه صاحب المال بالأجرة استمر على استعماله لزمته الأجرة وان لم يكن معداً للاستغلال.

والفقرة الأولى والثانية سيأتي تفصيلها في الفصل الأول من الباب الثامن إذ ليست الفقرتان المذكورتان مقصودتين بهذه المادة بالذات. أما الفقرة الثالثة وهي (لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال.. الخ)فليست شيئاً غير ما ذكر في المادة«٤٣٨» أيضاً فلا لزوم إلى إعادتها هنا مرة ثانية.

وعليه فهذه المادة ومادة(٤٣٨) لا تفيدان شيئاً غير ما تفيده المواد التي في الفصل الأول من الباب الثامن.

هذا ولما كانت الفقرة الأولى من هذه المادة لم تذكر مال الوقف واليتيم كما لم تذكر الفقرة الثالثة(سكوت الساكت) ذكرنا ذلك في الشرح.إذ لا بد من ذكره لحاجته إلى ما جاء فيه من الإيضاح والتقييد.

﴿المادة ٤٧٣﴾ يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان في تعجيل الأجرة وتأجيلها.

أي أنه يجب أن يعتبر ويراعى كل ما اشترطه العاقدان من تأجيل الأجرة أو تقسيطها أو تأجيلها(الطوري) فعليه لو شرط العاقدان تعجيل الأجرة لزم أداؤها معجلة(أنظر المادة (٤٦٨)) وإذا شرط التأجيل أو التقسيط تجري المعاملة على ما يأتي في المادة الآتية (أنظر المادتين (٨٣، ٢٤٥)).

ولم تذكر المجلة شرط التقسيط لأن التأجيل أعم منه فهو شامل له. إذ في كل تقسيط تأجيل. أنظر المادة(١٥٧).

سؤال: الا يرد على ذلك أن شرط التعجيل مخالف لمقتضى العقد وفيه نفع ظاهر للمؤجر والإجارة تكون بذلك فاسدة؟

الجواب: كلا! لأن قبول المستأجر بتعجيل البدل إسقاط لما استحقه من المساواة التي اقتضاها العقد.وهي حقه فيمكنه إسقاطها كإسقاط البائع حقه بتعجيل الثمن إذا أجله عن المشتري وكإسقاط المشتري حقه في وصف سلامة المبيع إذا قبل المبيع بكل عيوبه مع أن العقد يقتضي سلامة المبيع وقبض الثمن قبل قبض المبيع.((رد المحتار) أنظر المواد (٣٤١ و٣٤٢ و٣٤٣)).

ويفهم مما مر أن هذه المادة في حكم الأصل للمواد (٤٦٨ و٤٧٤ و ٤٧٦) فكان الأنسب الاتيان بها قبل المادة «٤٦٨».

﴿المادة ٤٧٤﴾ إذا شرط تأجيل البدل يلزم على الآجر أولاً تسليم المأجور وعلى الأجير إيفاء العمل. والأجرة لا تلزم إلاّ بعد انقضاء المدة التي شرطت.

إن عقد الإجارة بشرط التأجيل أو التقسيط صحيح والشرط معتبر.والتأجيل إما أن يكون صراحة أو يكون ضمناً كما في هذه المادة والمادة (٤٧٦).

ويستفاد من هذه المادة أنه إذا شرط في عقد إجارة تأجيل البدل أو تقسيطه وكان العقد واقعاً على منافع أعيان يلزم على الآجر أولاً تسليم المأجور.أما إذا كان وارداً على العمل فعلى الأجير القيام بالعمل ولا تلزم الأجرة إلاّ بعد انقضاء المدة التي شرطت للتأدية أو حلول أجل القسط. وليس للآجر قبل ذلك طلب الاجرة من المستأجر (أنظر المادة (٨٣) (البهجة، النتيجة)).

فلذلك قد ورد في المادة «٢٨٣» أنه ليس للبائع في بيع النسيئة حق في حبس المبيع بل عليه أن يسلم المبيع للمشتري على أن يقبض الثمن وقت حلول الأجل.

﴿المادة ٤٧٥﴾ يلزم الآجر أولاً تسليم المأجور وعلى الأجير إيفاء العمل في الإجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل.والتأجيل على كل حال يعني إن كان عقد الإجارة على منافع الأعيان أو على العمل.

أي أنه يلزم الآجر في الإجارة المطلقة التي عقدت من دون شرط التعجيل والتأجيل والتقسيط في كل حال سواء كان عقد الإجارة وارداً (١) على منافع الأعيان. (ب) أو على العمل: أولاً تسليم المأجور وعلى الأجير أداء العمل ولا تلزمه بمقتضى المادة ٤٦٦ الأجرة في الحال بل تلزمه بعد تسليم المأجور وأداء العمل.

وإذا سلم الآجر المأجور كما في الصورة الأولى وكان عقاراً كالأراضي، لزم إعطاء نصيب كل يوم من الأجرة في يومه لأن المستأجر استوفى المنفعة المقصودة (الهداية).

وفي الواقع أنه وإن كان يلزم إعطاء أجرة كل ساعة فيها قياساً ومراعاة المساواة على هذا الوجه إلا أنه نظراً إلى ما في ذلك من المشقة والحرج إذ أنه تستلزم المطالبة بالأجرة في كل ساعة وجعل المستأجر مجبراً على أداء الأجرة على هذه الصورة عدم إشتغال الطرفين بشيء غير ذلك. فقد رؤي عملاً بالمادة القائلة (المشقة تجلب التيسير) لزوم إعطاء الأجرة يومياً وقد جاء في الهداية (لأن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرناه بما ذكرنا) أنظر شرح المادة (٤٦٩).

مثلاً: إذا آجر شخص بعقد مطلق داره من آخر شهراً واحداً بثلاثين قرشاً وسلمه اياها لزم المستأجر في آخر كل يوم إعطاء الآجر أربعين بارة أجراً للدار مياومة. ولا يلزمه إعطاء أجرة كل ساعة لما في ذلك من المشقة وإن كان القياس تحقيقاً للمساواة يوجب إعطاء الأجرة عن كل ساعة

إلا أنه لما كان في تعيين الأجرة وإعطائها بتلك النسبة كما ذكر آنفاً حرج ومشقة فقد عدل عنه (أنظر المادتين (١٧ و١٨)).

وتلزم الأجرة في الصورة الثانية متى قام الأجير بالعمل وأتمه. ولا تلزمه فيها الأجرة ببعض العمل بنسبته كما في الصورة الأولى. لأنه لا يمكن الإنتفاع ببعض العمل.

مثلاً: إذا خاط الأجير الذي هو الخياط الثياب كاملة في بيت المستأجر وفرغ من العمل أخذ الأجر المسمى وليس له شيء من الأجرة فيما لو خاط بعض أجزاء الثياب لأنه لا ينتفع بالثياب بخياطة بعض أجزائها. أما إذا قام الأجير بالعمل في غير دار المستأجر فلا تلزم في هذه الصورة الثانية بالإجماع أجرة بعض العمل بحسابه. وقد اختلف فيما إذا قام الأجير بالعمل في بيت المستأجر. فبعض الفقهاء قال بعدم لزوم الأجرة بنسبة العمل وبعضهم قال بلزومها. وقد قبلت الخانية القول الثاني «فإن كل جزء من العمل يصير مسلماً إلى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود. وعلى ذلك لو استأجر شخص خياطاً ليخيط له ثوباً في بيته أي في بيت المستأجر وبعد أن خاط بعضه سرق الثوب فله أخذ أجرة البعض الذي خاطه «الكفاية». نعم لو سرق بعدما خاط بعضه أو انهدم بناؤه أي قبل الفراغ من بنائه فله الأجر بحسابه على المذهب «الدر المختار، ورد المحتار».

كذلك لو استأجر إنساناً ليبني له حائطاً فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الأجرة ببعض العمل إلا أنه يشترط فيه التسليم إلى المستأجر «الطوري».

إذا استأجر شخص عاملاً ممن لعملهم أثر كالخياط وفرغ من العمل أي أنه خاط الثوب وسلمه إلى المستأجر أخذ منه الأجر المسمى إلا أنه بتلف المستأجر فيه بيد أمثال هؤلاء تسقط الأجرة. أنظر المادة (٤٨٢) (الدرر والغرر).

أما العمال الذين ليس لعملهم أثر كالحمال فيستحقون الأجر بمجرد الفراغ من العمل ولو لم يسلم المستأجر فيه إلى المستأجر (الدر المختار) والأجرة في الإجارة الواردة على عمل هي في مقابل ذلك العمل مثلاً: لو فتق الخياط ما خاطه أي أفسد ما عمله فليس له على تلك الخياطة من أجر وإنما يجبر بحكم الإجارة على خياطة الثوب مرة ثانية لأن الإجارة من العقود اللازمة «رد المحتار».

كذا إذا أفسد شخص خياطة الثوب بعد أن خاطه الخياط وقبل أن يسلمه إلى المستأجر فليس للخياط أخذ الأجرة لأن الخياطة مما له أثر. فلا أجر قبل التسليم كما في المبيع إذا تلف قبل التسليم. إلا أن للخياط أن يضمن قيمة الخياطة ممن أفسدها لأن هذه الخياطة متقومة وفي هذا لا يجبر الأجير على الخياطة مرة ثانية لأنه التزم العمل ووفى به «رد المحتار».

كذلك إذا رجع المكاري من منتصف الطريق بالمال المستأجر لنقله خوفاً من قطاع الطريق إلى المحل الذي حمل منه المال ولم يكن معه صاحب المال فليس له بذلك أجرة مطلقاً لنقض عمله ويجبر على نقل الحمل إلى المكان الذي استؤجر إليه لبقاء العقد «الدر المختار، ورد المحتار».

وكذلك إذا استأجر شخص سفينة لنقل حبوب إلى محل معين، فلما اقتربت من المكان أو كادت هبت عليها عاصفة وصرفتها عن وجهتها إلى الميناء التي خرجت منها ولم يكن صاحب الحبوب فيها فلا تلزم أجرة لأن الحبوب لم تسلم في المحل المعين. أما إذا كان صاحب الحبوب فيها فقد لزمت الأجرة لأنها حينئذ في يد صاحبها فكأنها قد وصلت المحل المشروط«علي أفندي». رد السفينة إنسان لا أجر للملاح وليس عليه أن يعيدها وإن ردها الملاح لزمه الرد «رد المحتار».

مسائل أجرة الظئر:

المسألة الأولى - تعطى أجرة الظئر وثمن طعام الصبي من ماله. وإذا لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته. وعلى ذلك فإذا لم يكن للصبي حين استئجار الظئر مال وصار بعدئذ ذا مال فتلزم أجرة المدة الماضية المستأجرة وأجرة المدة الآتية تعطى من مال الصبي. وإذا لم يكن للصبي وارث أي ليس من أحد تلزمه نفقته فيعطى ذلك من بيت المال (أنظر المادة «٨٧»).

المسألة الثانية - وإذا غذت الظئر الولد مدة بلبن الغنم أو بنوع آخر من الأطعمة فليس لها أجرة لأن المعقود عليه هو الإرضاع والتربية وليس اللبن والتغذية وعلى هذه الصورة تكون الظئر غير قائمة بالعمل الواجب عليها.

وتثبت هذه الجهة بإقرار الظئر أو بالبينة التي تقام على أن الصبي قد غذي بلبن الغنم أو بالأطعمة. أما البينة على أن الصبي لم يغذ بلبن الظئر فلا تسمع أنظر المادة «١٦٩٩». وإذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة الظئر. «التنوير، الدر المختار، رد المحتار».

﴿المادة ٤٧٦﴾ إن كانت الأجرة موقتة بوقت معين كالشهرية أو السنوية مثلاً يلزم إيفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت.

أي إذا كانت الإجارة غير مطلقة بل كانت الأجرة موقتة بوقت معين كالسنوية والشهرية مثلاً لزم أداؤها إلى الآجر عند انقضاء ذلك الوقت، ولا يطالب قبل ذلك (أنظر المادة «٤٧٤») إذ الإستحقاق يتحقق عند استيفاء جزء من المنفعة تحقيقاً للمساواة والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة إلى انتهاء الأجل. (العناية) قال في مجمع الأنهر «إذا بين زمان الطلب عند العقد يوقف المؤجر إلى ذلك الوقت لكونه بمنزلة التأجيل. إنتهى» والأجرة التي مر بيانها في هذه المادة هي الأجرة الشهرية. غير أن هناك عقداً شهرياً أي (مشاهرة) ولا تلزم الأجرة فيه مشاهرة.

مثلاً: يلزم أداء الأجرة الأسبوعية في نهاية الأسبوع والشهرية في نهاية الشهر والسنوية في نهاية السنة وهلم جراً ـ أنظر المادة (٨٣) (مجمع الأنهر).

فعليه لو استأجر شخص دابة إلى مدينة كذا على أن يؤدي أجرتها عند عودته في الوقت، الفلاني فليس للمكاري قبل ذلك طلب الأجرة (الهندية).

والفرق بين المادة هذه والمادة (٤٧٤) أنه هناك قد ذكر تأجيل البدل صراحة. وهنا قد وقع التأجيل ضمناً بذكر وقت استحقاق بدل الإجارة.

﴿المادة ٤٧٧﴾ تسليم المأجور شرط في لزوم الأجرة يعني تلزم اعتباراً من وقت التسليم. فعلى هذا ليس للآجر مطالبة أجرة مدة مضت قبل التسليم وإن انقضت مدة الإجارة قبل التسليم لا يستحق الآجر شيئاً من الأجرة.

أي أنه يشترط في لزوم الأجرة على الأصول التي مر ذكرها في المواد السابقة تسليم المأجور إلى المستأجر أو إلى وكيله بالإستئجار. وستأتي كيفية التسليم في الفصل الأول من الباب السابع. يعني تلزم الأجرة إعتباراً من وقت التسليم أي من وقت تسليم المأجور إلى المستأجر أو وكيله. وقبض الوكيل بالإستئجار كقبض الموكل. إلا أن الوكيل إذا لم يسلم المأجور إلى موكله واستعمله لنفسه فلا تلزم الأجرة (عند أبي يوسف) أما (عند محمد) فتلزم الأجرة الموكل. لأنه لما كان قبض الوكيل كقبض الموكل ووقع القبض أولاً للموكل ومن ثم اغتصبه الوكيل فلا تلزم الوكيل أجرة(أنظر شرح المادة (٤٨١) «رد المحتار»)وفي هذا نظر لأن الغصب مسقط لأخذ الأجرة من المستأجر(أنظر شرح المادة (٤٧٠) وسيأتي تفصيل هذه المسألة في شرح المادة (٤٨١).

فعلى هذا ليس للآجر المطالبة بأجرة مدة مضت قبل التسليم بحساب القسط اليومي.

مثلاً: لو استأجر شخص داراً شهرياً من غرة محرم وأمسكها الأجرة في يده خمسة عشر يوماً ثم سلمها إلى المستأجر فللآجر أجرة نصف شهر فقط.

كذلك لو آجرت إمرأة دارها من زوجها وهما يسكنان فيها فلا أجر عليه.

كذلك لو آجر شخص حانوته من غيره ثم اشتركا في العمل فيه لا يجب الأجر إذا عملا فيه لعدم صحة التسليم «البزازية قبيل نوع في إجارة الوقف».

وإذا انقضت مدة الإجارة كلها في هذه الصورة بعد انعقاد العقد وقبل التسليم لا يستحق الآجر شيئاً من الأجرة «علي أفندي».

ولما كان الآجر قد حرم من الأجرة بعدم تسليمه المأجور إلى المستأجر فلا يلزمه الاجر وفي هذه الحال لو انقضت مدة الإجارة واختلف الآجر والمستأجر فقال الآجر للمستأجر إني سلمتك المأجور وقال المستأجر له لم تسلمني إياه وأقاما البينة رجحت بينة الآجر أما إذا لم يقم الآجر البينة فالقول مع اليمين للمستأجر. أنظر المادة (٧٦) «الهندية في الباب الخامس والعشرين».

مثال لو استأجر داراً سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وطلب التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا لأن الخيار لو ثبت إنما ثبت لتفرق الصفقة في المعقود عليه والعقد كيفما وقع وقع متفرقاً فإنه ينعقد ساعة فساعة.

فصار الجزء الثاني من المنفعة مستحقاً بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في أحد العقدين لا يؤثر في الآخر. وعند الشافعي رحمه الله تعالى للمستأجر حق الفسخ فيما بقي لأن المنافع عنده كالأعيان فإذا فات بعض ما يتناوله العقد قبل القبض لا يجبر فيما بقي لاتحاد الصفقة. كما لو اشترى شيئين فهلك أحدهما قبل القبض (الكفاية).

قد ذكر في شرح المادة (٢٩٣) إنه إذا بيعت أموال متعددة صفقة واحدة وتلف أحدها قبل القبض فالمشتري يكون مخيراً بقبوله حصة من الثمن.فعليه يجب أن يكون المستأجر هنا مخيراً أيضاً؟

جواب: بما أن المنافع حادثة فتنعقد شيئاً فشيئاً أي أنه لما كان الإنعقاد وصفقات البيع متعددة أصلاً فالإجارة المنعقدة على المدة التي مرت قبل التسليم هي غير الإجارة التي تنعقد بعد التسليم وإن عقد كل منهما غير عقد الأخرى.لذلك فعدم تسليم منافع المدة التي مرت قبل التسليم لا تؤثر على المنافع التي تحصل بعد التسليم (الكفاية).

إلّا أنه إذا كانت مدة من الإجارة في زمان يرغب فيه في المأجور رغبة زائدة ويمضي ذلك الزمن فيكون المستأجر مخيراً إذا شاء قبل المأجور في المدة الباقية وإذا شاء تركه. مثلاً: لو استأجر شخص داراً من آخر مدة شهرين في موسم الحج في مكة ومنى وسلمت الدار إليه بعد مرور مدة الحج فالمستأجر مخير بعد الموسم لأنه لا يرغب فيها بعد الموسم. فلو لم يسلم في الوقت الذي يرغب لأجله خير في قبض الباقي كما في البيع أي إذا اشترى نحو بيوت مكة قبل زمن الموسم فلم يقع التسليم إلّا بعد فواته، كان للمشتري الخيار لفوات الرغبة «التنوير، الدر المختار، ورد المحتار».

ويجري حكم هذه المادة في الأجير الخاص أيضاً.وذلك كما إذا إنقضت مدة الإجارة ولم يكن الأجير حاضراً للعمل بمقتضى المادة (٤٢٥) فليس له شيء من الأجرة.

﴿المادة ٤٧٨﴾ لو فات الانتفاع بالمأجور بالكلية سقطت الأجرة. مثلاً لو احتاج الحمام إلى التعمير وتعطل في أثناء تعميره تسقط حصة تلك المدة من الأجرة وكذلك لو إنقطع ماء الرحى وتعطلت تسقط الأجرة اعتباراً من وقت إنقطاع الماء ولكن لو انتفع المستأجر بغير صورة الطحن من بيت الرحى يلزمه إعطاء ما أصاب حصة ذلك الإنتفاع من بدل الإجارة.

أي لو أصبح في حالة لا يمكن الإنتفاع به البتة سقطت الأجرة سواء أكان المأجور عقاراً أو عيناً أو متاعاً أو حيواناً.أما أجرة المدة التي قبل ذلك فيلزم اداؤها.فان اختلفا في فساده في الزمان الماضي في جميع المدة يحكم الحال والقول في الماضي قول من شهد له الحال،وان كان سالماً في الحال واتفقا على فساده في بعض المدة وأتلفا في مقداره فالقول قول المستأجر مع يمينه لأنه ينكر بعض الأجرة (الهندية قبيل الباب الحادي والعشرين).

وينشأ فوت الانتفاع بالمأجور عن عدة أسباب وغصب المأجور أحد هذه الأسباب أيضاً.

مسائل متفرعة عن ذلك:

(١) - لو احتاج الحمام إلى العمارة فتعطل لذلك أو لطغيان السيل مدة عليه أو لإنقطاع الماء عنه تسقط حصة تلك المدة كلها من الأجرة.

(٢) - إذا إنهدمت الدار المأجورة كلها وتعطلت مدة لعمارتها تسقط أجرة تلك المدة التي تعطلتها (رد المحتار).

(٣) - إذا استأجر حماماً في قرية وتفرق أهلوها كلهم لا تلزم الأجرة أما لو تفرق بعضهم فلا يطرأ خلل ما عليها (البزازية).

(٤) - إذا استأجر داراً في حي وأصيب ذلك الحي بجائحة فرقت ساكنيه لأي سبب وترك المستأجر الدار خوفاً على نفسه وأهله ولم ينتفع بها لا تلزمه أجرة (الهندية).

(٥) - لو انقطع ماء الرحى أو طغت المياه، وتعطلت الرحى مدة تسقط أجرة المدة التي أصبحت فيها الرحى معطلة، اعتباراً من وقت إنقطاع المياه أو طغيانها. ويلزم فصل ما يقع من الخلاف في هذا الشأن بمقتضى المادة (١٧٧٦) «التنقيح». ولو أن الإجارة وقعت على شرط عدم سقوط الأجرة إذا انقطع الماء وان للمستأجر بذلك حق فسخها فلا حكم لذلك مطلقاً. مثلاً لو استأجر شخص رحى سنة بألف ومائتي قرش سنوياً وانقطعت المياه وتعطلت شهراً سقط من الأجرة مائة قرش أنظر شرح المادة (٥١٦) «التنقيح».

والمقصود من الرحى هنا، الرحى المأجورة أما إذا كان المأجور غير الرحى بل كان عرصة لتبنى فيها الرحى ويشتغل فيها. وبنى المستأجر الرحى في تلك العرصة وانقطعت المياه بعد أن اشتغل فيها مدة وتعطلت عن العمل لزمته الأجرة إذا لم يفسخ الإجارة (الهندية).

إذا آجر صاحب الرحى حجرها وبناءها وما فيها من آلات وأدوات فقط خوفاً من سقوط الأجرة بانقطاع المياه على الوجه المار الذكر وانقطعت المياه فللمستأجر أيضاً (على قول) حق الفسخ (وعلى آخر) ليس له ذلك، فإن انكسر الحجران أو الدوارة أو انهدم البيت فله الفسخ فان أصلحه فلا . «الهندية، والبزازية».

إلا أنه إذا انتفع المستأجر بالرحى بغير الطحن كالسكن وربط الدواب لزمه أداء نصيب ما انتفع به منها من أجر المثل، لأنه بقي شيء من المعقود عليه فإذا استوفاه لزمته حصته «الزيلعي في فسخ الإجارة».

وهذه الحصة تعين بعملية التناسب على الكيفية الآتية:

يقدر أجر المثل للمحل على أنه رحى ثم يقدر أجر المثل لما في ضمنه من أصطبل وأدوات

أخرى فإذا استعمل المستأجر المحل بعد إنقطاع المياه عن الطاحون اصطبلاً أو نزلاً أو غير ذلك فعليه أداء ما يلحق ذلك من الأجر المسمى بنسبة ما يلحقه من أجر المثل.

مثلاً: إذا كان أجر المثل للمحل على أنه رحى أربعين قرشاً وعشرين قرشاً إذا اتخذ اصطبلاً أو نزلاً فيها أن التفاوت بين الأجرين النصف فيعطى المستأجر الاجر إذا استعمل المحل اصطبلاً أو نزلاً نصف الأجر المسمى. أنظر شرح المادة (٤٤٥).

واختلف الفقهاء في معنى فقرة (لكن...) الواردة في المجلة فبعضهم قال المراد منها: إن الأجرة إنما تلزم إذا كان العقد وارداً على منفعة الطحن ومنفعة السكن وربط الدواب وإدخار الحبوب معاً فلو كان في بيت الرحى غرف للسكن ومخازن لادخار الحبوب واصطبل لربط الدواب وجب أن تكون داخلة في العقد. وعلى ذلك فلو كان عقد الاجارة وارداً على منفعة الطحن فقط وانقطعت المياه وانتفع المستأجر بسكن بيت الطاحون لزم أجر المثل سواء كانت منفعة السكن داخلة في العقد مع منفعة الطحن أو لم تكن على قول. ويمكننا القول بأن اطلاق المجلة مبني على هذا القول «رد المحتار، التنقيح».

٦ - إذا تعطلت الرحى بازدياد المياه ازدياداً فاحشاً ولم يمكن الانتفاع بها في تلك المدة تسقط أجرة المدة المذكورة (التنقيح).

٧ - إذا غرقت المزرعة المأجورة قبل الزراعة سقطت الأجرة (رد المحتار، البزازية).

٨ - إذا اجتاح الجراد المزرعة المأجورة بعد زرعها فأكله ولم يمكن بعد ذلك زراعة مثل المأكول أو ما هو أقل ضرراً بالأرض منه فلا تلزم أجرة المدة التي تلت أكل الجراد. وتلزم حصة ما قبل ذلك من الأجرة فقط.

٩ - سئل في جماعة استأجروا أرض قرية موقوفة من المتولي عليها مدة معلومة بأجرة معلومة ليزرعوها فقل ماؤها المعلوم لها بحيث أنه لا يصل إليها بل يذهب في مجراه فأرادوا مخاصمة المتولي ليفسخ القاضي العقد فهل لهم ذلك؟ الجواب نعم (التنقيح).

١٠ - ولا تلزم الأجرة في الأراضي التي تسقى بماء المطر إذا انقطع المطر ولم يمكن زرعها كما إذا انقطعت المياه عن الأراضي المأجورة مع شربها ولم تزرع فلا تلزم فيها أجرة (التنقيح).

١١ - إذا استأجر شخص أراضي تسقى بماء صهريج لزراعة (التبغ) وانهدم الصهريج ولم ينتفع بمائه فلا تلزم أجرة. لكن لا تنفسخ الإجارة بفوت الانتفاع بالمأجور بالكلية بخلاف البيع فأنه ينفسخ بتلف المبيع. ووجهه أن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها ولأن أصل الموضع مسكن قبل انهدام البناء وتمكن فيه السكنى بنصب الفسطاط فيبقى العقد لكن لا أجرة على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذي قصده بالاستئجار. (الزيلعي في الإجارة الفاسدة).

غير أنه إذا لم يمكن الانتفاع بالمأجور كان له خيار العيب كما هو مبين في المادتين (٥١٤ و٥١٨)

أما إذا عادت مياه الرحى قبل الفسخ كما جاء في مثال المجلة لزمت الأجرة اعتباراً من تاريخ عودتها لأنه قد زال سبب الفسخ قبل أن تفسخ الإجارة (رد المحتار).

كذلك اذا كان المأجور داراً وخربت وسقطت الأجرة ولكن لو بناها الآجر كما كانت فلا يبقى للمستأجر خيار الفسخ لزوال سببه قبل الفسخ. والظاهر ان ذلك فيما اذا بناها كما كانت والا فله الفسخ.

ويتبين من هذه الإيضاحات أن حق الفسخ يتوجه بفوات المنافع للمستأجر لا الآجر. وعلى ذلك فلو فسخ الآجر الإجارة فليس لفسخه حكم حتى أنه إذا كان المأجور عقاراً وانهدم أو احترق فبناه الآجر مثل الأول أو دونه أو أحسن منه وأراد المستأجر أن يسكن فيه بقية مدة الإجارة فليس للآجر الامتناع عن ذلك أو طلب الزيادة في الأجرة.

أما إذا لم يفت الانتفاع بالمأجور بالكلية بل إنما فسد فساداً فتجري المعاملة فيه على ما جاء في المادة (٥١٦).

تسقط الأجرة بمنع الانتفاع لا بمحاولة منعه فقط فعليه لو استأجر شخص رحى من آخر وادعى الجيران (أن دورانها يوهن ابنيتنا ويلحق بنا أضراراً فاحشة) ورفعوا ذلك إلى القاضي وطلبوا تعطيلها عن العمل فحكم القاضي بذلك فما لم ينفذ ذلك الحكم ويمنع المستأجر عن الاشتغال بها فلا تسقط الأجرة. (رد المحتار).

وعليه فلأن عدم التمكن من الانتفاع مسقط للأجرة فلو شرط في الإجارة تنزيل أجرة المدة التي تقف فيها الرحى عن العمل كانت الإجارة صحيحة (أنظر شرح المادة (٤٦٢)) أما إذا نزلت أجرة شهرين في مقابل التعطيل كانت الإجارة فاسدة لأن تنزيل اجرة التعطيل من مقتضيات عقد الإجارة. وتلك المدة اما أن تنقص أو تزيد عن مدة التعطيل. وعلى ذلك يكون شرط تنزيل شهرين ليس من مقتضيات العقد (رد المحتار)[1].

توضيح لفوت المنافع بغصب المأجور:

تسقط الأجرة أيضاً بغصب المأجور. لأن تسليم محل المنفعة في الإجارة يقوم مقام تسليم المنفعة نفسها فلو اغتصب شخص المأجور من المستأجر ويمكن استرداده (بالشفاعة أو الحماية) فقط بدون نفقة سقطت الأجرة. فالشفاعة عبارة عن استعطاف خاطر الغاصب واستنزاله عن المغصوب والحماية عبارة عن الإعانة لرد المغصوب أيضاً. أما إذا احتاج ذلك إلى الانفاق فلا يكون المستأجر مجبراً عليه. وإذا كان المأجور اثنين واغتصب أحدهما سقطت أجرة المغصوب فقط. أما إذا كان الانتفاع لا يفوت بغصب العقار المأجور فلا تسقط الأجرة، كما إذا اغتصب شخص الأرض المأجورة بعد أن زرعها مستأجرها وردت إليه بعد مدة على حالها فلا تسقط الأجرة.

أما إذا كان إخراج الغاصب من المغصوب أو استرداده منه ممكناً بدون نفقة ولم يخرجه المستأجر

(١) مثال ذلك لو آجر شخص رحى من آخر لمدة سنة كاملة على أن يخصم من الأجرة نصيب شهرين إذا تعطلت في نظير التعطيل في أثناء الإجارة فتكون الإجارة فاسدة لهذا الشرط المفسد. لأن مدة التعطيل قد تزيد عن شهرين أو تنقص. (المعرب).

منه أو لم يسترده لزمته الأجرة لأنه هو المقصر. غير أنه وان سقطت الأجرة عن المستأجر بغصب المأجور منه فلصاحب المال المغصوب إذا كان المال معداً للاستغلال أو مال يتيم أخذ أجر المثل من الغاصب (التنقيح) (أنظر المادة (٥٩٦)).

والغصب في هذه المسألة ليس بمعنى المادة (٨٨١) وإنما معناه الحيلولة بين المستأجر وعين المأجور. مثلاً لو أبعد المستأجر عن مكان المأجور فلم يتمكن من استيفاء منفعته تسقط الأجرة أيضاً (عبد الحليم).

إذا غصب المأجور في بعض مدة الأجارة فانما يسقط أجر تلك المدة فقط. لأن السقوط بمقدار المسقط.

مثلاً لو استأجر شخص حانوتاً ستة أشهر بستمائة قرش وبعد أن سكن في الحانوت ثلاثة أشهر غصبه منه غاصب في المدة الباقية. لزمه أجر الثلاثة الأشهر الأولى أما الثانية فقد سقط أجرها عنه (رد المحتار).

ان غصب المأجور لا يوجب إنفساخ الأجارة أي أن العقار المأجور إذا غصب من مستأجره فلا تنفسخ الأجارة.

بل للمستأجر مدة الغصب حق الفسخ (البزازية والأنقروي) فعليه لو استأجر شخص حانوتاً بالفين وستمائة قرش في السنة وغصبه منه آخر وبقي في يد الغاصب شهرين ثم رده بعد ذلك إلى المستأجر سقطت أربعمائة قرش أجرة الشهرين ويعطي المستأجر الفي قرش مقابل استعماله إياه باقي السنة (رد المحتار).

وعلى ذلك فلو ادعى المستأجر أن الأجرة قد سقطت عنه بغصب المأجور من يده وأنكر الآجر دعواه هذه يحكم الحال الحاضر إذا لم يقم أحدهما بينة. فإذا كان غير المستأجر ساكناً في المأجور فالقول للمستأجر ولا تلزمه أجرة. وإذا كان هو الساكن فيه فالقول للمؤجر (رد المحتار) وكذا القول للمؤجر إذا كان العقار خالياً.

ولا يقبل في المسألة الآنفة قول الذي غصب المأجور. أي أنه لا فائدة من قول غاصب العقار المأجور (إنني غصبته أو لم أغصبه) لأنه شاهد على الغير أو مقر. وشهادة الفرد على الغير والإقرار عليه لا يقبلان (رد المحتار) (أنظر المادة (٧٨)).

مستثنى: لو استأجر شخص داراً لسنة بمائة قرش في كل شهر وبعد أن قبضها وسكن فيها مدة أخذ الآجر مفتاح الدار لعدم تادية المستأجر ما عليه من الأجرة، وبقيت مقفلة شهراً فلا تسقط الأجرة لأن في إمكان المستأجر أن يؤدي الأجرة إلى الآجر ويسكن المأجور (البزازية)

كيفية حل الاختلاف الذي يقع في فوت المنافع:

إذا اختلف الطرفان في فوات المنافع في مدة الإجارة بالكلية واثبت المستأجر فواتها يقبل إثباته

ولو كان المأجور في الحال الحاضر قابلاً للإنتفاع. وإذا لم يكن لكلا الطرفين بينة يحكم الحال الحاضر والقول للطرف الذي يصدقه الحال الحاضر.

وإذا كان المأجور قابلًا للإنتفاع في الحال الحاضر والطرفان اتفقا على فوت المنافع في بعض المدة الماضية وإنما اختلفا في مقدارها فالقول مع اليمين للمستأجر لأن المستأجر منكر لبعض الأجرة (الهندية قبل الباب الحادي والعشرين).

﴿المادة ٤٧٩﴾ من استأجر حانوتاً وقبضه ثم عرض للبيع والشراء كساد فليس له أن يمتنع عن إعطاء أجرة تلك المدة بقوله إن الصنعة ما راجت والحانوت بقي موصداً.

أي إذا استأجر شخص حانوتاً مدة ليزاول فيه صنعة وقبضه فارغاً فعرض للبيع والشراء كساد وطلب الآجر الأجرة تامة فليس للمستأجر أن يمتنع عن إعطائه أجرة المدة المذكورة بداعي أن الصنعة لم ترج والحانوت بقي مقفلاً لأن الأجرة تلزم في الإجارة الصحيحة بالإقتدار على استيفاء المنفعة كما مر في المادة(٤٧٠) وليس للمستأجر بذلك كما ورد في (المنية) فسخ الإجارة في أثناء مدتها خلافاً للهندية فقد قالت (له ذلك) ويمكن حمل المسألة التي وردت في المنية على نوع كساد (رد المحتار، الأنقروي).

﴿المادة ٤٨٠﴾ لو استأجر زورقاً على مدة وانقضت في أثناء الطريق تمتد الإجارة إلى الوصول إلى الساحل ويعطى المستأجر أجر مثل المدة الفاضلة.

تبقى الإجارة لعذر وتمدد.

مسائل تتفرع عن ذلك:

١- لو استأجر زورقاً على مدة وانقضت المدة أثناء الطريق أي قبل أن يصل إلى الساحل فتمتد الإجارة إلى الساحل،وان لم يرض صاحب الزورق بذلك. والمراد من الساحل هنا هو الساحل الذي قصد إليه المستأجر كما هو الظاهر إلا أنه إذا بلغت به السفينة إلى ساحل آخر وكان يمكن المستأجر أن يجد واسطة أخرى توصله إلى المحل المقصود فلا يتحتم على صاحب الزورق أن يوصله إليه.

ورضاء العاقدين وان كان شرطاً إلا أنه لم ينظر هنا لرضاء المؤجر للضرورة (أنظر المادة (٢١)) على أن يعطى المستأجر أجر مثل المدة الفاضلة. (أنظر المادة (٣٣)).

٢- إن مادة (٥٢٦) من هذا القبيل أيضاً (الأنقروي).

٣- إذا استأجر شخص لسفينة شهراً لينقل امتعته إلى بلد معين ووصلت السفينة إلى البلد

بعد الشهر بخمسة عشر يوماً لزم المستأجر الأجر المسمى للشهر، وأجر المثل للخمسة عشر يوماً (الفيضية).

٤- وكذا الحكم على هذا المنوال فيما لو استأجر دابة وانقضت المدة في القفر (رد المحتار).

٥- إذا استأجر ظئراً معروفة بتأجير نفسها للإرضاع وانقضت مدة الإجارة فليس للمرضع أن تمتنع عن تجديد الإجارة إذا كان الولد لا يأخذ بثدي غيرها ما لم يكن هناك عذر من الأعذار المذكورة في المادة(٥٨٠) **(الأنقروي)**.

٦- إذا أوجرت أرض لغرسها شجراً وانقضت مدة الإجارة ولم ينضج الثمر تمدد الإجارة بأجر المثل إلى وقت نضوج الثمر. (رد المحتار)

﴿المادة ٤٨١﴾ لو أعطى أحد داره إلى آخر على أن يرمها ويسكنها بلا أجرة، ثم رمها وسكنها ذلك الآخر كانت من قبيل العارية. ومصاريف التعمير عائدة على الذي أنفق وليس لصاحب الدار أن يأخذ أجرة عن مدة سكناه.

أي أنه إذا أعطى شخص آخر داره ليسكنها بلا أجرة مقابل عمارتها ورمها الآخر وسكنها مدة بعد أن عمرها ورم منها ما استرم فلا يكون ذلك العقد عقد إجارة بل هو عقد إعارة وبما أن الإنفاق على العمارة والرم من قبيل الإنفاق على المستعار فلا يخل بعقد الإعارة ويكون المستعير ملزماً به. أنظر المادتين (٨٨و ٨١٥).

لأن العقد في تلك المسألة إعارة لا إجارة، ولأن ذكر الترميم على وجه المشورة لا الشرط، وعلى ذلك فلا يقال إن الإجارة فاسدة لذكر الترميم في العقد كأجرة مجهولة المقدار «واقعات المفتين». وليس لصاحب الدار أخذ شيء منه باسم أجرة لتلك المدة لأنه لا تلزم المستعير أجرة. أنظر المادة(٨١٢). «البزازية ورد المحتار في العارية» كما لا تلزمه المرمة التي عليه في الظاهر لأن المستعير لا يلزمه شيء (الأشباه، الحموي) وليس له على ذلك أن يؤجر تلك الدار من آخر وإذا فعل وانهدمت الدار وهي في يد ذلك الرجل لزمه الضمان لأنه غاصب (الأنقروي). لأن العقد المذكور ليس بعقد إجارة بل هو عقد إعارة كما صرح في المجلة وبما أنه ليس للمستعير إيجار المستعار من آخر فيعد غاصباً إذا آجره. أنظر شرح المادة(٧٩٠).

هذا الكلام في الدار إذا كانت ملكاً، أما إذا كانت وقفاً فليس للمتولي أن يسكن آخر فيها بدون أجر وان فعل لزم الساكن أجر المثل سواء كانت الدار معدة للإستغلال أولا. «التنقيح»(أنظر شرح المادة «٥٩٦»).

قال: «وإذا رم الدار وسكنها مدة» لأنه إذا قال صاحب الدار لأحد الناس رم الدار واسكنها ثم بعد أن رمها لم يسكن فيها تؤخذ نفقات الترميم من صاحب الدار «الخيرية».

ولفظ الدار في هذه المادة ليس قيداً احترازياً فعليه لو أعطى بغلاً لآخر لينفق عليه ويستعمله فيكون ذلك عارية أيضاً ولا يعد إجارة فاسدة.

الوكالة بالاستئجار:

١- إذا استأجر الوكيل بالاستئجار مالاً وقبضه ولم يسلمه إلى موكله وانقضت مدة الإجارة لزم الوكيل الأجر لأنه أصل في حقوق العقد. (أنظر المادة «١٤٦١») وللوكيل أن يرجع بالبدل الذي أداه على موكله لنيابته عنه في القبض فصار قابضاً للمأجور حكماً. أما إذا طلب الموكل من وكيله تسليم المأجور إليه وامتنع عن ذلك وانقضت مدة الإجارة فليس للوكيل الرجوع على الموكل استحساناً. لأنه بالحبس صار غاصباً والغصب من غير المالك متصور.

٢- إذا استأجر الوكيل بالاستئجار مالاً بشرط تعجيل البدل وقبضه وبقي في يده لعدم طلب الوكيل إياه وانقضت مدة الاستئجار،فللوكيل أن يرجع على موكله بالبدل الذي دفعه إلى الأجر لصيرورة الموكل قابضاً بقبضه ما لم يظهر المنع.

أما إذا طلب الموكل المأجور من الوكيل وحبسه الوكيل في يده لاستيفاء البدل الذي دفعه معجلاً على الوجه السالف ومرت مدة الإجارة،فليس للوكيل المذكور أن يرجع بالبدل على موكله لأنه لما حبس الدار بحق لم تبق يده نيابة فلم يصر الموكل قابضاً حكماً فلا يرى الزامه الأجر.

إذا وهب الآجر الوكيل بالاستئجار بدل الإجارة أو إبرأه منه صح ويرجع الوكيل بالبدل على موكله أيضاً «الدر المختار، رد المحتار، الدرر».



الفصل الثالث

فيما يصح للأجير أن يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة وما لا يصح

﴿المادة ٤٨٢﴾ يصح للأجير الذي لعمله أثر كالخياط والصباغ والقصار أن يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة ان لم يشترط نسيئتها. وبهذا الوجه لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن ولكن بعد تلفه ليس له أن يستوفي الأجرة.

أي أن للأجير الذي لعمله أثر كالخياط والصباغ والقصار (الغسال) والصائغ والنجار والإسكاف والخفاف ومن إليهم ممن لعملهم أثر ظاهر في المستأجر فيه أو أن عملهم مما يجعل المستأجر فيه شيئاً آخر؛ أي أن من يعملون عملاً بالمستأجر فيه ما لو عمله الغاصب في المغصوب لزالت ملكيته عن المغصوب منه كما هو مذكور في المادة (٨٩٩) أن يحبس المستأجر لاستيفاء الأجرة بشرطين:

(١)- أن لا تكون شرطت نسيئتها.

(٢)- أن لا يكون المستأجر عمل عمله بالمستأجر فيه في دار المستأجر. إذ أن الأجرة تلزم بالفراغ من العمل حسب المادة (٤٦٩). وللأجير أن يحبس المستأجر فيه بعد إيفاء العمل لحين استيفائه الأجرة. لأن المعقود عليه وصف قائم في المحل فله حق الحبس لاستيفاء البدل. (الشلبي) (أنظر المادة (٢٧٨)).

الأثر، هو على ما قاله بعض الفقهاء عبارة عن الأجزاء المتصلة بمحل العمل؛ وهي ملك للأجير؛ كالخيط والصبغ. وقال البعض الآخر أنه عبارة عما يرى في محل العمل ويعاين سواء كان عيناً كالخيوط أو عرضاً ككسر الحطب أو الفستق وطحن الحنطة وهذا المعنى أعم من المعنى الأول.

فالخياط مثلاً يدمج الخيط الذي هو ملكه بالمستأجر فيه الذي هو ملك الآخر وأثر العمل هنا عبارة عن العين المتصلة.

والصباغ أيضاً يدمج الصبغة التي هي ملكه بالمستأجر فيه وأثر عمله أيضاً ظاهر يرى. والأثر في عمل الخياط والصباغ أثر على المعنيين الأول والثاني معاً.

أما غسل الثياب فأثره إذا كان بالماء فقط عبارة عن بياضها الظاهر للعيان الذي كان مستتراً وراء الأدران والأوساخ. أما إذا كان الغسل بصابون أو (بالصودا) وما إليها مما يكون من مال

القصار أي الغسال (إذ أن من يغسل الثياب بإضافة أشياء كهذه إليها يسمى قصاراً) فهو المال القائم الذي اتصل بالثوب كما في الصبغ.

وقد اختلف في حبس ما يغسل للتحسين بالماء فقط وعدمه وقد اختار عامة أصحاب المتون الفقهية وصاحب المحيط عدم جواز الحبس. كما أن قاضيخان وبعض الفقهاء اختاروا جوازه ويفهم من إطلاق المجلة قبولها القول الثاني أيضاً والأصح هو هذا القول (رد المحتار).

وعلى ذلك فيراد بالأثر معناه الثاني. وثمرة الخلاف تظهر في كسر الحطب وطحن الحنطة فليس له حبس الحطب والدقيق على المعنى الأول وله الحبس على الثاني «الطوري، عبد الحليم».

ولا يجوز حبس الثوب الذي يغسل لتطهيره من النجاسة لاستيفاء الأجرة «الدر المختار، ورد المحتار».

وعلى هذا الوجه لو حبس الأجير المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة سلفاً وأمسكه وتلف بيده بلا تعد فلا يكون ضامناً عند الإمام («أنظر المادة ٩١») لأنه كما أن المستأجر فيه كان في يده قبل الحبس أمانة فقد بقي أمانة بعد الحبس. كذلك لأن له حق الحبس فلا يكون ضامناً بسبب ذلك لأنه ليس على غير المعتدي من ضمان (أنظر المادة ٧٦٨) أما عند الإمامين فيلزم الضمان لأنه عندهما مضمون قبل الحبس وبما أنه كذلك فلا يسقط الضمان بالحبس (أنظر شرح المادة ٦٠٧) أما بالتعدي فيلزم الضمان على كل حال.

على أنه ليس للأجير أجرة على المستأجر فيه إذا حبسه وتلف بيده على الصورة الآنفة لأن المعقود عليه هلك قبل التسليم. وهذا موجب سقوط الأجرة كهلاك المبيع قبل القبض. (أنظر المادة ٢٩٣).

تفصيل الشروط: الشرط الأول: كون الأجرة معجلة. حتى أنه إذا كانت مؤجلة وحبس الأجير المستأجر فيه عد غاصباً إذ ليس له حبسه لأنه أسقط حق حبسه بذلك التأجيل (أنظر المادتين ٤٨٣ و ٤٧٤). الشرط الثاني: ألا يكون الأجير قد سلم المستأجر فيه حقيقة أو حكماً. فالتسليم الحقيقي ظاهر حتى أن الأجير إذا سلم المستأجر فيه مرة فليس له استرداده بعد ذلك وحبسه (أنظر المادة ٥١) والتسليم الحكمي«القيام بالعمل في بيت المستأجر حتى أن الأجير إذا أدى العمل المستأجر له في بيت المستأجر فليس له أن يحبسه لأنه يعد بذلك قد سلمه إلى المستأجر حكماً. والتسليم الحكمي بمنزلة التسليم الحقيقي (شرح المجمع) وإن حبسه عد غاصباً ويكون ضامناً فيما لو تلف.

وإذا تلف المأجور بنفسه قبل أن يحبسه الأجير لاستيفاء الأجرة سقطت أجرة الأجير إذا كان ممن لعمله أثر كالخياط والصباغ. وإن لم يكن لعمله أثر كالحمال لم تسقط أجرته (الهندية في الباب الثاني من الإجارة).

فائدة: إذا نسج الأجير قطعة من الجوخ وأحضرها إلى المستأجر فقال له هذا «خذها لبيتك

وعما قليل أدفع لك أجرتها» فاغتصبت منه أثناء الطريق ينظر: فإذا كان إعطاء المستأجر قطعة الجوخ إليه بعد تسليمها على وجه الرهن سقطت الأجرة توفيقاً لأحكام الرهن. وأما إذا كان إعطاؤه إياها على وجه الأمانة وتلفت أخذ أجرة النسيج. لأنه بتسليمها إلى المستأجر لزم أجر عمله (الطوري).

﴿المادة ٤٨٣﴾ - «ليس للأجير الذي ليس لعمله أثر كالحمال والملاح أن يحبس المستأجر فيه. وبهذا الحال لو حبس الأجير المال وتلف في يده يضمن وصاحب المال في هذا مخير،إن شاء ضمنه إياه محمولاً وأعطى أجرته وإن شاء ضمنه غير محمول ولم يعط أجرته».

أي أنه ليس للأجير الذي ليس لعمله أثر ظاهر في المستأجر فيه كالحمال والجمال والحمار أو البغال والملاح ولم يشترط التأجيل أن يحبس المستأجر فيه في يده ويوقفه اتفاقاً. لأن المعقود عليه في الإجارة يضمن العمل وهو عرض زائل فلا يتصور بقاؤه كما لا يتصور حبس الأثر الذي يقوم مقامه.

وبهذا الحال لو حبس الأجير المال أي إذا لم يسلمه إلى صاحبه بعد مطالبته به وتلف في يده ضمنه لصاحبه بمقتضى المادة (٨٩١) كمال مغصوب. إذ أنه يعد بذلك غاصباً ومتلفاً (أنظر المادة ٧٩٤) غير أن صاحب المال في هذا مخير إن شاء ضمن قيمة ذلك المال محمولاً إذا كان من القيميات ومثله إذا كان من المثليات وحينئذ عليه أن يؤدي إلى الأجير أجرته (الهندية) لأن العمل المبيع هنا يكون مسلماً بتسليم البدل. وإن شاء ضمنه غير محمول فلا يكون عليه أجر لأن العمل هنا لم يسلم (مجمع الأنهر، التنوير) وعلى المستأجر أن يختار الصورة التي توافقه من هاتين الصورتين.

أما إذا أمسك الأجير المستأجر فيه بأمر صاحبه فلا يلزمه ضمان. مثلاً لو أوصل الحمال الحمل إلى المحل المشروط إيصاله إليه وقال له صاحبه إبقه في يدك وأبقاه في يده وتلف فلا يلزمه ضمانه وللحمال أخذ أجرته كاملة. (الهندية في الباب الثامن والعشرين في الفصل الأول، رد المحتار).



الباب الرابع

في بيان المسائل التي تتعلق بمدة الإجارة

﴿المادة ٤٨٤﴾ للمالك أن يؤجر ماله وملكه لغيره مدة معلومة قصيرة كانت كاليوم أو طويلة كالسنة.

أي أنه للمالك أن يؤجر ماله وملكه الذي جرت العادة على إيجار مثله من غيره مدة معلومة قصيرة كانت كاليوم والأسبوع والشهرأو طويلة كالسنة أو عدة السنين.حتى لو كانت المدة طويلة جداً كمائتي سنة بحيث لا يمكن عادة أن يعيشها العاقد لأن للإنسان أن يتصرف في ملكه الخاص كما يشاء وليس لأحد أن يمنعه عن ذلك ما لم ينشأ عن تصرفه ضرر بين لغيره «أنظر المادة ١١٩٢» (منافع الدقائق، والأشباه) .

وقد قال الخصاف بجواز عقد الإجارة لمدة لا يمكن أن يعيشها العاقدان عادة. إلا أن بعض العلماء قال بعدم جواز الإجارة لمدة طويلة ليس من العادة أن يعيشها الطرفان. ويفهم من المتون والمجلة أيضاً بدليل إطلاقها ظاهراً أنها ترجح القول الأول (رد المحتار).

أما إيجار ما ليس متعارفاً فليس جائزاً.

فلو استأجر شاة مثلاً لإرضاع ابنه الرضيع أو حمله فلا يكون استئجاره صحيحاً (رد المحتار، والهندية) أنظر شرح المادة«٤٥١» وقول هذه المادة «مدة معلومة» مبني على المادتين «٤٥١و ٤٥٢».

أما قوله «ماله وملكه» فقد أريد به الإحتراز عن مال الوقف ومال اليتيم ومال بيت المال.

توضيح في مال الوقف: يجب أولاً في إيجار الوقف مراعاة شرط الواقف واتباعه. فإن شرط إيجاره مدة طويلة فيؤجر لمدة طويلة أو قصيرة فيؤجر بمقدارها. مثلاً لو شرط الواقف إيجار العقار الذي وقفه لمدة ثماني سنوات أو خمس يؤجر على هذا الوجه لأن شرط الواقف كنص الشارع حتى أنه إذا شرط الواقف الا يؤجر لأكثر من ستة أشهر فليس للمتولي أن يؤجره لمدة ازيد وأن آجر كانت الإجارة فاسدة ويؤخذ من يد المستأجر ويلزمه أجر المدة التي انتفع به فيها. كذلك لو شرط الواقف الا يؤجر لأكثر من سنة فلا يؤجر لمدة تتعدى السنة ما لم يكن ذلك أنفع للوقف والفقراء ولم يوجد من يستأجره لسنة فللحاكم أن يؤجره لسنتين كما أن له أن يأذن المتولي في إيجاره لهذه المدة أيضاً.

ثانياً: وإذا لم يشترط الواقف مدة في إيجار وقفه فللمتولي أن يؤجر القرى والمزارع لثلاث سنوات. أما الدور والحوانيت وما أشبهها فإلى سنة فقط وليس له فوق ذلك.

وقد جاء في المادة السابعة من قانون إيجار العقار الأخير ما يأتي: لا يمكن إيجار العقارات الموقوفة ذات الإجارة الواحدة لمدة أكثر من ثلاث سنوات وفيما عدا ذلك فلكل كما جاء في المادة «٤٨٤» أن يؤجر ماله وملكه مدة معلومة قصيرة كانت كاليوم أو طويلة كانت كعدة سنوات. والعقار ذو الإجارتين تابع لهذا الحكم أيضاً. حتى ان متولي الوقف إذا آجره بعقود متعددة إجارة طويلة كما لو آجره بعقود خمس سنوات «وكانت الإجارة على ذلك في السنة الأولى منجزة والسنين الأخرى مضافة» تبطل الإجارة على القول المفتى به. ولا يمكن إيجار الوقف زيادة عما ذكر صيانة له من الضياع وخوفاً من أن يدعى بملكيته لطول مدة التصرف فيه. وعلى ذلك فليس للمتولي إيجار الوقف لأكثر من المدة المذكورة وان فعل فكما أن الإيجار غير صحيح تفسخ الإجارة عن المدة كلها على قول. لأن الإجارة إذا فسدت في بعض المدة فسدت كلها، ولكن بعض الفقهاء قال إنما يكون الفسخ في المدة التي تزيد عن الثلاث السنوات في القرى وعن السنة الواحدة في غيرها، فإذا أوجرت قرية مثلاً أربع سنوات كانت صحيحة في ثلاث سنوات فقط.

ثالثاً: أما إذا كان إيجار الوقف لأكثر من المدة المذكورة في صالح الوقف ومنفعته. في ذلك متحققة بأن كان الناس لا يرغبون في استئجارها سنة وإيجارها أكثر من سنة ادر على الوقف وأنفع للفقراء جاز إيجاره برأي القاضي.

رابعاً: لو آجر الواقف الوقف بنفسه إلى عشر سنوات مثلاً كان صحيحاً. وهنا فرق بين الواقف والمتولي في إيجار الوقف.

ولكنه ذكر في الدر المختار في آخر باب الفسخ عن الفيض وغيره: لو آجر الواقف الوقف بنفسه ثم مات ففي الإستحسان لا تبطل لأنه آجر لغيره. ومقتضاه أن الأول قياس (التنقيح).

وإذا توفي الواقف في أثناء مدة الاجارة فلا تنفسخ لأن الواقف لم يؤجر لنفسه بل لغيره.

إلا أنه إذا توفي الواقف بعد انقضاء خمس سنوات من العشرة التي أوجر لها الوقف على الوجه المشروح أيضاًوانفسخت الاجارة بوفاته لانتقال الوقف إلى مصرف آخر، فللمستأجر أن يستوفي ما دفعه معجلاً من الآجر للخمس سنوات الباقية من تركة الواقف.

خامساً: إذا احتاج الوقف إلى إجارة طويلة لعمارته يرفع ذلك إلى القاضي. فإذا آجره القاضي لمدة طويلة كان إيجاره صحيحاً.

إذا احتاج القيم أن يؤاجر الوقف إجارة طويلة فالحيلة فيه أن يعقد عقوداً متفرقة كل عقد سنة بكذا فيلزم الأول لأنه ناجز لا الباقي لأنه مضاف فللمتولي فسخها. ويكتب في الصك استأجر فلان أرض كذا أو دار كذا ثلاثين سنة بثلاثين عقداً كل سنة بكذا من غير أن يكون بعضها شرطاً في بعض. ولننظر هل يشترط أن يعقد على كل سنة بعقدٍ مستقل أو يكفي قوله استأجرت ثلاثين سنة بثلاثين عقداً فينوب عن تكرار العقد. والظاهر الأول. لكن الفتوى على إبطال الإجارة الطويلة ولو بعقود (الدر المختار).

توضيح في مال اليتيم: ومال اليتيم في حكم مال الوقف في هذه المسألة. فعليه ليس للوصي أو الولي أن يؤجر مال اليتيم لمدة أكثر من المدة المذكورة في الفقرة التي جاءت في قوله (ثانياً) فإن فعل فسخت في كل المدة (على قول) وفي الزيادة فقط على آخر أما إذا كانت عمارته متوقفة على إجارة طويلة فللقاضي أن يؤجره.

توضيح في مال بيت المال: ومال بيت المال في حكم الوقف في هذه المسألة أيضاً. فعليه يؤجر مال بيت المال إلى ثلاث سنوات إذا كان كالأراضي والمزارع الكبرى. وإلى سنة إذا كان غير ذلك كالدار والحانوت.

إلا أنه قد جاء في الفتاوى (الكازونية) ما يأتي:

لكن إطلاق الفقهاء في إجارة أراضي بيت المال يفيد جوازها مطلقاً، كثيرة كانت مدة الإجارة أو قليلة. وتوسعهم في جواز تصرف الامام فيها بيعاً واقطاعاً يؤيد ذلك. (الزيلعي، التنقيح، رد المحتار، الأنقروي، الهندية، الفيضية، البحر، تعليقات ابن عابدين على البحر).

﴿المادة ٤٨٥﴾ إبتداء مدة الإجارة يعتبر من الوقت الذي سمي أي عين وذكر عند العقد.

إن ابتداء مدة الإجارة يعين ويذكر عند العقد وإذا لم يكن في الإجارة خيار شرط يعتبر من الوقت الذي سمي أي عين وذكر عند العقد.

وعلى ذلك فإذا كان ابتداء مدة الإجارة عقيب العقد كانت الإجارة منجزة. وإذا كان في زمن مستقبل كانت مضافة. كما إذا آجر داره شهر رمضان وهما في رجب يعتبر ابتداء المدة من غرة رمضان وتكون الإجارة مضافة. (الشلبي).

كذلك لو قال إنسان لآخر آجرتك داري من رجب هذه السنة كان ابتداء مدة الإجارة من الشهر المذكور، وعلى ذلك فإذا لم يسلم الآجر المأجور في وقت العقد وامسكه في يده أياماً سقطت أجرة الأيام المذكورة (أنظر المادة ٤٧٧). أما إذا كان في الإجارة خيار شرط يعتبر ابتداء مدة الإجارة من سقوط الخيار (أنظر المادة ٥٠٢) (التنوير، رد المحتار، الشبلي).

﴿المادة ٤٨٦﴾ إن لم يذكر ابتداء المدة حين العقد تعتبر من وقت العقد.

أي أنه يعتبر ابتداء مدة الإجارة من وقت العقد إذا لم يذكر عند عقد الإجارة ولم يعين. وتكون الإجارة منجزة. لأنه لما كانت الأزمان كلها في حكم هذه الإجارة متساوية اعتبر في أمثال ذلك الزمن الذي يعقب العقد كالأجل واليمين أن لا يكلم خلافاً شهراً (الزيلعي). إذ لو لم يكن ذلك لزم أن تكون الإجارة فاسدة لجهالة مدتها لكن إقدام العاقدين على الإجارة والظاهر من حالهما دليل على احتياجهما إليها وقصدهما العقد الصحيح (الزيلعي، الكفاية، رد المحتار).

مثلاً، لو قال شخص آجرتك داري اعتبر ابتداء مدة الإجارة من اليوم الذي تكلم فيه هذا الكلام (التنوير، رد المحتار، الهندية في الباب الثالث). أنظر المادة(٤٩٦) أيضاً.

ويتفرع عن هذه المادة المسألة الآتية أيضاً:

يصح استئجار الدار شهرين على أن تكون أجرتها في الشهر الأول مائة وفي الشهر الثاني مائتين، وعلى هذا يلزم في الشهر الأول مائة وفي الشهر الثاني مائتان حتى أن المستأجر لو سكن في الدار شهراً واحداً وفسخت الإجارة قبل الشهر الآخر لزمه إعطاء مائة القرش كما يلزمه لو سكن الشهر الثاني إعطاء مائتي القرش (الدر المختار، التنوير).

لأنه ان لم ينصرف الشهر المذكور أولاً إلى ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهراً منكراً من شهور عمره وهذا فاسد فلا بد من صرفه الى ما يلي العقد تحرياً بالجواز. وكذا الإقدام على الإجارة دليل تنجز الحاجة إلى تملك المنفعة فوجب صرف الشهر المذكور أولاً الى ما يليه قضاء للحاجة الناجزة. (الكفاية رد المحتار).

أما إذا كان في الإجارة خيار شرط فيعتبر ابتداء مدة الإجارة كما مر في شرح المادة السالفة من سقوط الخيار.

﴿المادة ٤٨٧﴾ كما يجوز إيجار عقار على أن يكون لسنة في كل شهر أجرته كذا دراهم، كذلك يصح إيجاره لسنة بكذا دراهم من دون بيان شهريته أيضاً.

أي أنه يجوز إيجار عقار لسنة أو سنتين أو ستة أشهر في كل شهر كذا غروشاً وليس للمستأجر حق في فسخ الإجارة هذه حتى انتهائها ويصح إيجاره كذلك دون بيان أجرة كل شهر ويكون لازماً ولا تختلف مقدار الأجرة باختلاف الأشهر بل يكون بدل الإجارة منقسماً على عدد الشهور بالتساوي (مجمع الأنهر) لأن الإجارة تكون صحيحة ببيان منفعتها ومدتها وأجرتها ولا يلزم لأجل ذلك بيان حصة كل شهر (الهندية في الباب الثالث) وكذلك يصح إيجار الشهر بكذا غروشاً بدون بيان أجرة كل يوم (الزيلعي).

وتظهر فائدة تقسيم بدل الإجارة على الوجه المذكور فيما لو فسخت الإجارة في أثناء مدتها مثلاً. فكما يجوز إيجار بعض عقاره لسنة على أن تكون أجرته في الشهر مائتي قرش كذلك يصح إيجاره لسنة بألفين واربعمئة قرش وفي هذا يقسم بدل الإجارة على عدد الشهور فيكون نصيب الشهر مائتي قرش كما في الصورة الأولى وعلى ذلك فلو فسخ الطرفان الإجارة بعد مرور ستة أشهر لزم إعطاء ألف ومائتي قرش من الأجرة فقط. المواد (٤٩٠، ٤٩٢، ٤٩٣). تفصل هذه المادة وتوضحها (رد المحتار).

﴿المادة ٤٨٨﴾ إذا عقدت الإجارة في أول الشهر على شهر واحد أو ازيد

من شهر انعقدت مشاهرة. وبهذه الصورة يلزم دفع أجرة شهر كامل وان كان الشهر ناقصاً عن ثلاثين يوماً.

أي أنه إذا عقدت الإجارة في أول الشهر أي في غرته وأول يوم فيه على شهر واحد أو ازيد من شهر انعقدت مشاهرة أي مشاهرة شهر قمري. ويعتبر ابتداء المدة من وقت العقد بمقتضى المادة(٤٨٦) لأن الأصل في الشهور الأهلة والأيام بدل منها وما لم يتعذر الأصل فلا يصار إلى البدل (أنظر المادة ٥٣) وعليه فإذا نقص الشهر عن ثلاثين يوماً وكان تسعة وعشرين يوماً لزم إعطاء أجرة الشهر كاملة. ولا يلزم تنقيص نصيب اليوم من الأجرة (الهندية ومجمع الأنهر) وهذه المادة أشمل من المادة (٤٩٢).

إبتداء الشهر: هو غرته وأول يوم فيه كما صار إيضاحه في شرح هذه المادة وليس الليلة الأولى التي يرى فيها الهلال وهذا المعنى لابتداء الشهر معنى عرفي وهو المعني به (مجمع الأنهر، الدر المختار).

وفي الواقع ان مبدأ الشهر القمري الليلة التي يرى فيها الهلال في الأفق الغربي وإذا لم تمكن رؤية الهلال يعتبر الشهر ثلاثين يوماً للضرورة لكن هذا المعنى ليس مقصوداً هنا. ويحمل الشهر أو السنة إذا ذكرا بدون تعيين على الشهر والسنة العربيين. أما إذا وصفت السنة بالشمسية مثلاً حملت السنة أو الشهر على ما عين من السنين والشهور بالوصف.

﴿المادة ٤٨٩﴾ لو اشترط أن تكون الإجارة لشهر واحد فقط وكان قد مضى من الشهر جزء يعتبر الشهر ثلاثين يوماً.

يعني أنه إذا مضى من الشهر جزء أي إذا مضت الليلة الأولى من الشهر واليوم الأول واشترط أن تكون الإجارة لشهر واحد فقط، فبما أنه يعتبر ابتداء الإجارة من وقت العقد (كما جاء في المادة ٤٨٦) يعتبر الشهر ثلاثين يوماً من ذلك الوقت. ويلزم إعطاء الإجارة كاملة إذا بقي المأجور ثلاثين يوماً تحت الإجارة لأنه لما تعذر هنا اعتبار الشهر بالهلال لزم أن يصار إلى البدل (أنظر المادة ٥٣). (مجمع الأنهر والهندية).

﴿المادة ٤٩٠﴾ إذا اشترط أن تكون الإجارة لكذا شهوراً وكان قد مضى من الشهر بعضه يتمم الشهر الأول الناقص من الشهر الأخير على أن يكون ثلاثين يوماً وتوفي أجرته بحساب اليومية أما الشهور الباقية فتعتبر وتحسب بالغرة.

أي أنه إذا اشترط أن تكون الإجارة لمدة شهرين أو أكثر وكان قد مضى من الشهر جزء أي قد مضت غرته يتمم الشهر الأول من الشهر الأخير على أن يكون ثلاثين يوماً على رأي محمد وإن كانت مدة الإجارة بمقتضى (المادة ٤٨٦) من وقت العقد.

لأنه لما كان الأصل في هذا الشهر متعذراً فقد أصير إلى البدل ضرورة.

أما الشهور المتوسطة فتعتبر وتحسب بالغرة وفاقاً للمادة ٤٨٨ وعلى هذا فلو نقصت الشهور المذكورة عن ثلاثين يوماً لزم إعطاء الشهرية تامة لأن الأصل في هذه الشهور. لما كان الأصل غير متعذر فلا يصار إلى البدل.

مثلاً إذا عقدت اتفاقية لسنة في اليوم العاشر من ذي الحجة فلأجل أن يكون الشهر المذكور ثلاثين يوماً يجب أن تنتهي السنة في العاشر من ذي الحجة من السنة التالية ويكون اليوم العاشر خارجاً عن مدة الإجارة وإذا كان ذلك الشهر تسعة وعشرين يوماً تكون نهاية السنة في الحادي عشر من ذي الحجة ويكون اليوم العاشر حينئذ داخلاً في مدة الإجارة وبذلك يكون في إيجاره السنوي عيد أضحى عيد في أول مدة الإجارة وعيد في آخر مدتها (القهستاني، رد المحتار) وأنه وإن كان ليس في السنة الواحدة غير عيد أضحى واحد الا أن اجتماع عيدين في إجارة سنوية ليس فيه محظور وفي هذه الصورة المحظور غير لازم واللازم غير محظور (الدر المنتقى والزيلعي).

إن هذه المادة مركبة من المادتين (٤٨٨ و٤٨٩) كما يفهم مما مر في الشرح أي أنها مادة جمع فيها حكماً المادتين السابقتين فكانت مادة واحدة، وهذه المادة أتم من المادة (٤٩٣). أما الإمام الأعظم فانه يرى اعتبار الشهور في هذه الصورة بالأيام أي كل شهر ثلاثين يوماً (مجمع الأنهر) وعلى ذلك فتكون هذه المادة على رأي الإمام محمد.

لأن الاهلة هي الأصل في الشهور قال الله تعالى (يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس) والأيام بدل عن الاهلة ولا يصار إلى البدل إلَّا عند تعذر الأصل. ولا تعذر إلَّا في الشهر الواحد وهو الأول وقد أمكن تكميله من الأخير فيكمل. وبقي غيره على الأصل. أما الإمام الأعظم فيرى كما قلنا اعتبار الأشهر بالأيام، لأنه لما تعذر اعتبار الشهر الأول بالهلال تعذر اعتبار الثاني والثالث أيضاً لأن الشهر الأول لما وجب تكميله من الثاني لكونه متصلاً به نقص الثاني فوجب تكميله من الثالث وهكذا إلى آخر المدة. والإمام أبو يوسف على رواية يوافق الإمام الأعظم وعلى أخرى يوافق محمداً.

﴿المادة ٤٩١﴾ إذا عقدت الإجارة مشاهرة بدون بيان عدد الأشهر وكان قد مضى بعض الشهر فكما أنه يعتبر الشهر الأول ثلاثين يوماً كذلك بقية الشهور التي بعده تعتبر على هذا الوجه كل منها ثلاثين يوماً.

أي إذا اشترط أن تكون أجرة كل شهر كذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر بمقتضى المادة (٤٩٤) عند مضي البعض من الشهر فكما يعتبر الشهر الأول الناقص أي الذي يلي عقد الإجارة ثلاثين يوماً تعتبر سائر الشهور التي ستأتي ثلاثين يوماً للزوم الإجارة فيها بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة (٤٩٤) على هذا الوجه أيضاً وحينئذ لا يعتبر الهلال اتفاقاً (الهندية في الباب الثالث).

مثلاً لو عقدت إتفاقية على الوجه المذكور من اليوم الثاني من محرم لزم إعطاء الشهرية لكل ثلاثين يوماً اعتباراً من ذلك اليوم ولا يعتبر الهلال في ذلك. لأنه وإن كان يمكن اعتبار الأشهر المتوسطة بالأهلة في الإجارة التي يكون آخرها معلوماً ويمكن إكمال الشهر الأول من الشهر الأخير إلا أنه لما كانت الإجارة هنا آخر غير معلوم ولا يمكن إكمال الشهر الأول من الآخر فلا يمكن اعتبار شهر منها بالهلال.

ففي الذخيرة إن عقد الإجارة على كل شهر بدرهم إن وجدت في وسطه يعتبر كل شهر بالأيام بلا خلاف لأنها إنما يعتبر أن الأهلة إذا علم اخر المدة ليمكن تكميلة (رد المحتار).

﴿المادة ٤٩٢﴾ لو عقدت الإجارة في أول الشهر لسنة تعتبر اثني عشر شهراً.

أي أنه إذا عقدت الإجارة في أول الشهر لسنة فبما أن ابتداء مدة الإجارة يصادف اليوم الأول من الشهر بناء على المادتين (٤٨٥ و٤٨٦) تعتبر السنة اثني عشر شهراً لأن الأهلة هي الأصل في الشهور ألا ترى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته فإن غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلاثين يوماً وإنما يصار إلى البدل إذا تعذر اعتبار الأصل وتنقص السنة القمرية عن (٣٦٠) يوما بقدر الأشهر التي تنقص عن الثلاثين (الهندية، الكفاية).

والسنة القمرية عبارة عن (٣٥٤) يوماً وثلث يوم أما الشمسية فهي «٣٦٥» يوماً «تعريفات السيد».

وبما أن هذه المادة لم تأت بحكم زائد عما أتت به المادة «٤٨٨» فالإتيان بها من العبث.

﴿المادة ٤٩٣﴾ لو عقدت الإجارة لسنة وكان قد مضى من الشهر البعض يعتبر منها شهر أياماً وباقي الشهور الإحدى عشر بالهلال.

أي إذا عقدت إجارة السنة وكان قد مضى من الشهر بعضه يعتبر منها شهر أياماً أي ثلاثين يوماً ويبلغ إلى الثلاثين من آخر شهر في السنة. وباقي الشهور الأحد عشر تعتبر عند محمد بالهلال وإن نقصت بذلك عن الثلاثين يوماً عدت تامة على ما ورد في المادة (٤٨٨).

كذلك إذا عقدت الإجارة لثلاثة أشهر ومضى من الشهر بعضه يعتبر شهر بالأيام والشهران الباقيان بالهلال.

أما عند الإمام فتعتبر السنة في هذه الصورة بالأيام وتنتهي بمرور (٣٦٠) يوماً (الهندية في الباب الثالث) وهذه التفصيلات فيما إذا عينت السنة أو الشهر بالسنة القمرية أو تركت مطلقة. أما إذا قيدت السنة أو الشهر بالشمسية يعتبر القيد المذكور لا يعتبر في هذه الصورة الهلال.

وبما أن هذه المادة لا تفيد حكماً غير حكم المادة (٤٩٠) فهي إعادة بدون إفادة.

فائدة: إن الحكم في سائر العقود المؤقتة بزمن على المنوال المشروح أيضاً. مثلاً: لو باع البائع بثمن مؤجل لسنة أو شهر على الإطلاق صرفت إلى الشهر أو السنة القمريين أما إذا كان مقيدين بقيد كالشمسية صرفا إليها.

﴿المادة ٤٩٤﴾ لو استؤجر عقار شهرية كذا دراهم من دون بيان عدد الأشهر يصح العقد.لكن عند ختام الشهر الأول لكل من الآجر والمستأجر فسخ الإجارة في اليوم الأول وليلته من الشهر الثاني الذي يليه وأما بعد مضي اليوم الأول وليلته فليس لهما ذلك، وإن قال أحد العاقدين في أثناء الشهر فسخت الإجارة،تنفسح في نهاية الشهر وإن قال في أثناء الشهر فسخت الإجارة اعتباراً من ابتداء الشهر الآتي تنفسخ عند حلوله.وإن كانت قد قبضت أجرة شهرين أو أكثر فليس لأحدهما فسخ إجارة الشهر المقبوض أجرته.

يكون بيان المدة في الإجارة على ثلاثة أوجه:

١ - بقولك لشهر واحد بكذا.
٢ - بقولك مشاهرة بكذا.
٣ - بقولك كل شهر بكذا.

فتعقد في الصورتين الأولين على شهر واحد ولا تكون منعقدة على الشهر الثاني الذي يليه. أما توضيح الصورة الثالثة فهو كما يلي:

لو استؤجر عقار بكذا دراهم كل شهر من دون بيان وتعيين عدد الأشهر يصح عقد الاجارة على شهر واحد ويكون فاسداً في الأشهر الآتية لجهالة المدة ولا تكون الإجارة صحيحة في أكثر من شهر كشهرين أو أكثر (الزيلعي). ولا معنى لقول من قال من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لأن التعامل المخالف للدليل لا يعتبر (الزيلعي).

وصحته في شهر واحد وفساده في الباقي مقيدان بثلاثة قيود:

١ - عدم إقامة المستأجر في المأجور بعد ختام الشهر في الليلة الأولى واليوم الأول من الشهر الثاني.
٢ - أن لا يكون المستأجر قد أعطى أجرة الشهور الزائدة سلفاً.
٣ - ألا تكون الشهور قد سميت جملة أي ألا يكون قد ذكر أنها ثلاثة أو خمسة مثلاً ولا حاجة إلى تفصيلات أخرى في هذه الشروط لأنها قد أصبحت مفهومة تماماً بما مر من التوضيح (رد المحتار) والقاعدة في هذا هي:

إذا دخلت كلمة (كل) على السنة أو الشهر أو الأسبوع أو اليوم أو ما أشبه ذلك مما لا تعلم

نهايته بتعين أدناه وهو الواحد منه لأن الواحد يكون معلوماً وتكون الإجارة فاسدة في الباقي لما يكون فيها من الجهالة.

سؤال - فإن قيل: كما أن الشهر الأول معلوم فكذلك الشهر الثاني معلوم فلم خصصتم الأول بصحة العقد؟

الجواب - قلنا: إنما اختص الأول لوجود جزء منه وحصوله بخلاف سائر الشهور حتى إذا سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد عليه أيضاً والثالث والرابع مثله (شلبي).

وقد ورد في شرح المادة (٢٢٠) إذا بيعت صبرة من الحنطة كل كيلة بكذا غرشاً فالبيع عند الامامين نافذ في الكل. أما عند الإمام الأعظم فإنما ينفذ في كيلة واحدة ويكون فاسداً في الباقي. وقد اعتبر هناك مذهب الإمامين ولكن في الإجارة لم يحصل مثل هذا الإختلاف والإمامان في اتفاق مع الإمام الأعظم فيها.

وإليك الفرق بين البيع والإجارة في هذه الجهة: بما أنه ليس للشهور نهاية في الإجارة فرفع الجهل بها غير ممكن أما في البيع فيما أن للصبرة آخر فيمكن رفع الجهل بها بالكيل.

لكن عند ختام الشهر الأول وانتهاء الإجارة التي عقدت صحيحة ولازمة على الوجه المذكور آنفاً كل من الآجر والمستأجر مخير في فسخ الإجارة في اليوم الأول وليلته من الشهر الثاني بحضور الآخر عن الشهر الثاني والشهور الأخرى لأن العقد الصحيح قد انتهى وبقي العقد الفاسد. وقد تبين في شرح المادة (٤٦١) إن لكلا الطرفين فسخ العقد الفاسد. وسبب الفسخ للشهر الثاني هو الفساد المحرر على الوجه السالف وليس إضافة العقد إلى الشهر الثاني والثالث لأن المجلة كما مر في شرح المادة (٤٤٠) قد قبلت القول بلزوم الإجارة المضافة قبل حلول أجلها (الطوري).

قلنا إن لكل من الآجر والمستأجر عند تمام الشهر الأول أن يفسخ الإجارة في اليوم الأول من الشهر الثاني فكما يكون للآجر في اليوم الأول وليلته من الشهر الثاني والمستأجر حاضر أن يفسخ الإجارة فللمستأجر أيضاً في اليوم المذكور وليلته أن يفسخها في حضور الآجر. وإذا لم يفسخ أحدهما الإجارة لزمت كما جاء في الفقرة الثالثة من هذه المادة على أن لكل منهما في اليوم الأول وليلته من الشهر الثالث أن يفسخ الإجارة إذا شاء وهكذا. وهنا قد أصبح الفرق بين الإستئجار بقولك لشهر واحد والإستئجار بقولك «لكل شهر». (الأنقروي).

أما إذا مضى اليوم الأول وليلته ولم تفسخ الإجارة فليس لأحدهما فسخها إلى انتهاء الشهر الثاني للزوم العقد وانقلابه بذلك إلى الصحة بناء على ما جاء في المادة (٤٣٨) لأنه صار معلوماً فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لأحدهما الإمتناع عن المضي (الزيلعي) فلو أن صاحب هذه الدار حلف أن لا يؤجرها فتركها في يد المستأجر وصار يتقاضى الأجرة آخر كل شهر لا يحنث لأن الانعقاد في رأس كل شهر لا يتوقف على اختياره فلا يكون آجراً ولو طلب أجرة شهر لم يسكنه بعد

يحنث (الشلبي). وإلا فليس لزوم الإجارة في الشهر الثاني والشهور الأخرى لمرور ساعة لأن في اعتبار الساعة على هذا الوجه حرجاً عظيماً.

والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الأولى ويومها عرفاً (الزيلعي).

(١) وإن قال أحد العاقدين في أثناء الشهر أي بعد مرور الليلة الأولى ويومها أو في الشهر الأول فسخت الاجارة أي إذا فسخ الاجارة منجزاً بالقول أو الفعل تنفسخ الاجارة في نهاية الشهر لا في الحال لأنه أمكن توقيته إلى وقت يملك فيه الفسخ (الزيلعي).

وقد قال بعض الفقهاء: إن هذا الفسخ لا حكم له فلا تنفسخ الإجارة على هذه الصورة ولا في نهاية ذلك الشهر أيضاً والبعض الآخر ذهبوا إلى أنها تنفسخ في ابتداء ذلك الشهر وقد قبلت المجلة هذا القول الثاني (مجمع الأنهر).

الفسخ بالقول: يكون بقولك «فسخت» ومثال الفسخ بالفعل: كما لو باع المؤجر المأجور في أثناء الشهر من آخر انفسخت الإجارة في نهاية ذلك الشهر.

وعليه لو أدعى المؤجر بعد مضي مدة الفسخ - إنفساخ الإجارة لوقوع البيع قبل مضي مدة الفسخ فلا يصدق دون بينة (البزازية في الثاني فيما يكون فسخاً) يعني إذا طلب المشتري تسليمه المأجور لانفساخ الإجارة على الوجه المشروح فلا يثبت الفسخ بقول المؤجر المذكور ويجبر المشتري على إقامة البينة على ذلك.

(٢) وإن قال أحد العاقدين في أثناء الشهر فسخت الإجارة إعتباراً من ابتداء الآتي أي إذا أضاف فسخ الإجارة إلى الزمن المستقبل كان صحيحاً وإنفسخت الإجارة عند حلول ذلك الشهر.

إن الفقرتين اللتين أشير إليهما برقم (١) و(٢) بمعنى واحد في الحكم لكن الفسخ في الأولى (فسخ منجز) وفي الثانية (فسخ مضاف) (الزيلعي).

وتفسخ إجارة كهذه كما تبين في التفصيلات الآنفة على ثلاثة وجوه:

أولها - الفسخ في الليلة الأولى ويومها وهذا الفسخ كما أنه منجز يثبت حكمه في الحال.

ثانيها - بقولك فسخت أثناء الشهر وتكون الإجارة منفسخة آخر الشهر وهذا الفسخ وإن كان منجزاً إلّا أن حكمه يثبت في المستقبل.

ثالثها - بقولك في أثناء الشهر فسخت الإجارة من ابتداء الشهر الآتي فتنفسخ عند حلول ذلك الشهر وهذا الفسخ كما ترى ليس منجزاً بل مضافاً (القهستاني).

وإن كان أدى المستأجر أجرة شهرين أو أكثر كستة مثلاً سلفاً إلى الآجر والآجر قد قبلها فليس لأحدهما فسخ إجارة كل شهر أديت أجرته سلفاً لأن الأجرة المعجلة دالة على تعيين الأشهر وتعتبر الأشهر بذلك كأنها معينة في عقد الإجارة قال الزيلعي لأنه بالتقديم أي تقديم الأجرة زالت

الجهالة في ذلك القدر فيكون كالمسمى. وكذلك في البزازية والهندية.

قيل (من دون بيان عدد الأشهر) أما إذا ذكر عددها فتلزم الإجارة في الأشهر المذكورة كما مر في المادة (٤٨٧). مثلاً لو استأجر لمدة عشرة أشهر كل شهر بمأتي قرش لزمت الإجارة في العشرة الأشهر.

وقد جاءت كلمتا (شهرية وعقار) في متن المجلة على سبيل المثال فقط فعليه لو استؤجر مال مسانهة أو اسبوعية أو يومية بكذا من دون بيان عدد السنين أو الأسابيع أو الأيام، فحكمه أيضاً كما شرحنا. فمثلاً إذا آجر شخص حماماً في السنة بكذا غرشاً ولم يبين عدد سني الإجارة وسلمه إلى المستأجر فلما لم يفسخ الآخر الإجارة في أواخر السنة الثالثة وأمسك المستأجر الحمام عشرة أيام من السنة الرابعة فلا تفسخ الإجارة بلا عذر قبل انتهاء السنة الرابعة (المجموعة الجديدة).

كذلك لو حبس المستأجر الحلي التي استؤجرت على أن تكون أجرتها اليومية كذا غرشاً شهراً لزمه أعطاء الأجر المسمى لكل يوم (الهندية).

كذلك الحكم في الثور الذي يستأجر بكذا غرشاً يومية بدون تعيين عدد الأيام ليدير منجنوناً (ناعورة) أيضاً. (رد المحتار. الطوري).

ولكن إذا قيل في الإجارة هذه التي ذكر فيها الأجرة اليومية فسخت الإجارة من يومها الأول أو فسختها اعتباراً من ابتداء اليوم الآتي أنفسخت في اليوم الآتي.

شرط الفسخ: يشترط في الفسخ هذا حضور الآجر أي علمه. وعليه لا يكون الفسخ صحيحاً إذا لم يكن الآجر حاضراً (الشرنبلالي).

مثلاً: لو غاب المستأجر عندما كان الآجر مزمعاً على فسخ الإجارة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة الآنفة قبل تمام الشهر وترك زوجته ومتاعه فيها لم يكن للآجر الفسخ مع المرأة اتفاقاً لأنها ليست بخصم وحضور الخصم في فسخ الإجارة شرط والحيلة اجارتها من آجر قبل تمام الشهر فإذا تم تنفسخ الإجارة الأولى فتنفذ الثانية فتخرج منها المرأة وتسلم للمستأجر الثاني لأن ما لا يجوز بالذات يجوز بالتبعية (أنظر المادة ٥٤) رد المحتار.

﴿المادة ٤٩٥﴾ لو استأجر أحد أجيراً على ان يعمل يوماً يعمل من طلوع الشمس إلى العصر أو إلى الغروب على وفق عرف البلدة في خصوص العمل.

يعني أنه على الأجير إذا كان الأجير في البلدة يعمل عادة من طلوع الشمس إلى العصر أن يعمل من طلوع الشمس إلى العصر وإذا كان يعمل من طلوع الشمس إلى غروبها يعمل كذلك (أنظر المادة ٣٦).

أما إذا كان عرف البلدة مشتركاً لزم أن يعتبر اليوم بمعناه اللغوي ويشتغل الأجير إلى الغروب

(البزازية، الهندية، رد المحتار) لأنه إنما تعتبر العادة بمقتضى المادة (٤١) إذا أطردت أو غلبت. فإذا كانت مشتركة فكما لا تكون مطردة لا تكون غالبة. وعلى ذلك ليس بالإمكان هنا العمل بالعرف كذلك تستعمل الدابة المستأجرة ليوم من طلوع الفجر إلى الغروب.

وكذلك الدابة المستأجرة من الصباح إلى الغروب تستعمل إلى غروب الشمس لأن اسم العشاء في عرفنا إنما ينطبق على ما بعد غروب الشمس ولا تكون الإجارة قد انتهت بزوالها (الهندية في الثالث من الإجارة، البزازية).

ويتبع عرف البلدة فيما لو لم يعين العاقدان وقت ابتداء العمل وإنتهائه. أما إذا اتفق العاقدان على العمل في اليوم الفلاني من الظهر إلى العصر لزم العمل بموجب ذلك ولا يتبع في ذلك عرف البلدة وعادتها (أنظر شرح المادة ٨٣).

﴿المادة ٤٩٦﴾ لو استؤجر نجار على أن يعمل عشرة أيام تعتبر الأيام التي تلي العقد وإن كان قد استؤجر على أن يعمل عشرة أيام في الصيف فلا تصح الإجارة ما لم يعين أنه يعمل اعتباراً من أي شهر وأي يوم.

يعني لو استأجر أحد نجاراً على أن يعمل له عشرة أيام في عمل معلوم وفقاً للمادة ٤٥٥ تعتبر الأيام التي تلي عقد الإجارة ويلزم الأجير أن يعمل عشرة أيام من اليوم الذي يلي اليوم الذي عقدت فيه الإجارة. لأنه إذا لم تنصرف العشرة الأيام المذكورة إلى الأيام التي تلي يوم عقد الإجارة كانت واقعة على عشرة أيام غير معلومة من أيام العمر وبذلك تكون الإجارة فاسدة.

ولما كان حمل معاملات الناس على الصحة أولى من حملها على الفساد لزم أعتبار الأيام التي تلي العقد (أنظر المادة ٤٨٦) رد المحتار

وإن كان قد استؤجر على أن يعمل عشرة أيام في الصيف لم تصح الإجارة ما لم يعين اليوم والشهر الذي سيعمل اعتباراً منه. أي أن الإجارة تكون فاسدة (أنظر المادة ٤٥١) لأنه يلزم لصحة الإجارة تعيين وقت لها. وبما أن هذه الإجارة مضافة إلى زمن مستقبل فلا يمكن إعتبار مدتها من وقت العقد ولا يمكن تطبيقها على أحكام المادة ٤٨٦.

وفي هذه الصورة لو عمل الأجير العمل أخذ أجر المثل (أنظر المادة ٤٦٢) (البزازية). أما لو استأجره على أن يعمل عشرة أيام اعتباراً من ابتداء الشهر الفلاني صح (الهندية في الباب الثالث).

كذلك تفسد الإجارة إذا استأجر شخص أجيراً يومين من الأيام بدون تعيين ليعمل له عملاً معلوماً وإذا عمل الأجير العمل في مثل هذه الحال أخذ أجر المثل (الهندية).

كذلك إذا آجر أحد داره من آخر قائلاً آجرتك داري هذه عشرة أشهر من السنة الفلانية فلا يكون الإيجار صحيحاً. لأنه لم يعين مبدأ لمدة الإجارة (الهندية في الباب الخامس عشر).

الباب الخامس

في الخيارات الثلاث أي خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب ويحتوي على ثلاثة فصول

يجري في البيع إثنان وعشرون نوعاً من الخيار كما أوضح في شرح الباب السادس من كتاب البيوع. وإليك فيما يلي تعداد الخيارات الجارية في الإجارة أيضاً:
وهذه مذكورة في المجلة

١ - خيار الشرط
٢ - خيار الرؤية ﴾ وهذه مذكورة في المجلة
٣ - خيار العيب

٤ - خيار تفريق الصفقة. أنظر المادة (٥٨٥)
٥ - خيار اجازة عقد الفضولي (٤٤٧).
٦ - خيار القبول. فعليه إذا أوجب أحد العاقدين الإجارة فالثاني مخير في ذلك المجلس إذا شاء قبل وإذا شاء رد.
٧ - خيار وصف الثمن. فالإيجارة بشرط رهن الشيء الفلاني في مقابل بدل الإجارة أو تقديم فلان كفيلاً صحيح وإذا لم يراع المستأجر هذين الشرطين فللمؤجر أن يفسخ الإجارة (أنظر المادة ١٨٧ وشرحها).
٨ - خيار الغبن والتغرير. فإذا غرر أحد العاقدين بالآخر وكان في الإجارة غبن فاحش فللطرف المغبون فسخ الإجارة (أنظر المادة ٣٥٦ وما يتلوها من المواد).

ولكن الغبن الفاحش هنا بمقدار الخمس إذا كان المأجور عقاراً والعشر إذا كان منقولاً.

٩ - خيار العيب في الثمن (أنظر شرح المادة ٢٤٢).
١٠ - خيار تفرق الصفقة بظهور المأجور ناقصاً (أنظر المادة ٥٨٥ وشرح المادة ٢٢٣).
١١ - خيار تفرق الصفقة بهلاك بعض المأجور (أنظر المادة ٥١٩ وشرح المادة ٢٩٣).
١٢ - خيار تفرق المأجور بهلاك بعضه قبل القبض (أنظر المادة ٥٢٠ وشرح المادة ٢٩٣).
١٣ - خيار عيب الشركة (أنظر المادة ٤٣٠).
١٤ - خيار الوصف (أنظر المادة ٥٠٣ مع شرحها والمادة ٢٢٦).
١٥ - خيار الخيانة. مثلاً لو قال المستأجر اني استأجرت هذا العقار بخمسة دنانير في الشهر

واؤجرك إياه بستة وفهم أنه استأجره بأربعة فالمستأجر مخير (أنظر شرح المادة ٣٥١).

١٦ - خيار التعين (أنظر المادة ٣١٦ و٥٠٦).

وهذه الخيارات وان لم يأت شيء صريح بجريانها جميعها في الإجارة سوى ما جاء في مجمع الأنهر والزيلعي.

بما أن هذه الخيارات تجري في البيع لدفع الحاجة، والإجارة هي بيع المنفعة فتجري هذه الخيارات فيها قياساً على بيع العين.

الفصل الأول

ويحتوي على ثلاثة مباحث

المبحث الأول

في بيان بعض المسائل المتعلقة بخيار الشرط

لا يجري خيار الشرط عند الشافعي لأنه إذا اشترط خيار الشرط للمستأجر فان بعض المعقود عليه وهو المنفعة يفنى ويزول في مدة الإجارة فإذا فسخت الإجارة بحكم الخيار فلا يستطاع تسليم المعقود عليه للمستأجر كاملاً وإذا اشترط الخيار فلا يكون المؤجر قادراً على تسليم المعقود عليه للمستأجر على وجه الكمال وهذا الأمر مانع للخيار. وقد قال الأئمة الحنفية كما أن فوات بعض المعقود عليه في الإجارة ليس مانعاً بخيار العيب،فلا يمنع الرد بخيار الشرط أيضاً.لأنه غير ممكن في الإجارة رد الكل وإنما يكون التكليف بحسب الوسع والطاقة (الهداية، الكفاية، الطوري) ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة.وفي المبيع لا يجبر عليه بعد هلاك البعض لعدم الضرورة.

﴿المادة ٤٩٧﴾ يجري خيار الشرط في الإجارة كما جرى في البيع ويجوز الايجار والاستئجار على أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مخيراً كذا أياماً.

يعني يجري خيار الشرط في الأجارة سواء أكانت إجارة ملك أو وقف كما جرى في البيع بمقتضى المادة (٣٠٠) ويجوز الايجار والاستئجار على أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما مخيراً كذا يوماً أي أن يكون في مدة معلومة مخيراً في فسخ الإجارة وإمضائها.

مثلاً لو قال المستأجر استأجرت هذه الدار بمائة قرش شهرياً على أني مخير في قبولها بذلك ثلاثة أيام صح (الهندية في الباب الخامس). لأن الإجارة لما كانت تفسخ لأسباب كالاقالة فشرط الخيار فيها صحيح. وفضلاً عن ذلك فإن خيار الشرط قد جعل للتروي والتفكير وكل من الأجر والمستأجر في حاجة إلى التروي والتفكير في الإجارة قبل ابرامها لأن الخيار شرط في البيع بالتروي فكذا في الإجارة لأنها تقع بغتة من غير سابقية تأمل فيمكن أن يقع غير موافق فيحتاج إلى الإقالة فيجوز إشتراط الخيار فيها (الزيلعي).

يقسم شرط الخيار في الإجارة بالنسبة إلى من له الخيار إلى أربعة أقسام:

١- أن يكون للمؤجر فقط.
٢- أن يكون للمستأجر فقط.
٣- أن يكون لكليهما معاً.
٤- أن يكون لشخص ثالث.
(أنظر شرح المادة ٣٠٠).

ويفهم من إطلاق المجلة بقولها (كذا أياماً) كما يجوز أن يكون الخيار لثلاثة أيام يجوز أن يكون لأكثر وإنما يلزم أن تكون مدة الخيار معلومة فعليه تفسد الإجارة إذا لم يعين العاقدان مدة الخيار في وقت عقد الإجارة. ولكن إذا اتفقا على تعيين مدة الخيار قبل انفضاض المجلس وعيناها انقلبت الإجارة صحيحة (أنظر المادة ٢٤). وكما يصح الخيار المذكور في إجارة الملك يصح في إجارة الأوقاف.

وعليه لو آجر متولي وقف على أن له الخيار كذا يوماً صح فإذا شاء فسخ الإجارة في مدة الخيار وإذا شاء اجازها (الأنقروي).

ويلزم في الإجارة التي تعقد على شرط الخيار وجود سائر الشروط الأخرى أيضاً. حتى أنه لو استأجر شخص داراً من آخر على أنه مخير ثلاثة أيام ان شاء قبلها بمائة قرش وان شاء بمائة وخمسين كانت الإجارة فاسدة. وإذا سكنها في مدة الخيار أو بعدها لزمه أجر المثل (أنظر المادة ٤٥٠). «الهندية».

ولا يضمن ما انهدم من سكناه لا في مدة الخيار ولا بعد مضي مدة الخيار وهذا بخلاف ما لو كان الخيار مشروطاً لصاحب الدار فإنه يضمن المستأجر قيمة ما انهدم من سكناه في مدة الخيار (الهندية في الباب الخامس).

﴿المادة ٤٩٨﴾ المخير ان شاء فسخ الإجارة وان شاء أجازها مدة خياره.

المخير سواء أكان الآجر أو المستأجر أو اياهما معاً ان شاء فسخ الإجارة قولاً أو فعلاً فتنفسخ وان شاء أجازها فتنفذ وتكون لازمة (أنظر المادة ٣٠١) وإذا كان الطرفان مخيرين فايهما أجاز الإجارة سقط خياره ولا يطرأ بذلك خلل على خيار الطرف الآخر.

وكما أنه لا يشترط في هذا الفسخ عند الإمام حضور الطرف الآخر وعلمه كذلك لا حاجة فيه إلى حكم القاضي أو رضاء الطرفين (رد المحتار).

مثلاً إذا كان الآجر مخيراً فله في مدة الخيار فسخ الإجارة أو اجازتها وللمستأجر كذلك إذا كان مخيراً أن يفسخ الإجارة في مدة الخيار أو يجيزها. لكن عند الإمامين يشترط في فسخ الطرف

المخير حضور الطرف الثاني وعلمه (القهستاني). وأما إذا كان الطرفان مخيرين فيجري الخيار على ما جاء في التفصيلات الواردة في متن المادة (٣٠٧) وشرحها وقوله (في مدة خياره) مبني على المادة(٥٠٠).

﴿المادة ٤٩٩﴾ كما أن الفسخ والاجازة على ما تبين في المواد ٣٠٢و ٣٠٣و ٣٠٤ يكونان قولاً كذلك يكونان فعلاً. بناء عليه لو كان الآجر مخيراً وتصرف في المأجور بوجه من لوازم التملك فهو فسخ فعلي وتصرف المستأجر المخير في المأجور كتصرف المستأجرين اجازة فعلية.

أي كما أن فسخ الطرف المخير الإجارة وأجازته يكونان على ما تبين في المواد ٣٠٢و ٣٠٣و ٣٠٤ في كتاب البيوع قولاً يكونان كذلك فعلاً وفي ذلك أربع مسائل:

١- الفسخ القولي.
٢- الفسخ الفعلي.
٣- الاجازة القولية.
٤- الاجازة الفعلية.

وكلها صحيحة.

بناء عليه لو كان الآجر مخيراً وفسخ الإجارة بقوله (فسخت) كان ذلك منه فسخاً قولياً.كما أنه لو فسخها بتصرفه بالمأجور بأن باعه أو وهبه أو اعاره أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بوجه آخر من لوازم التملك كان ذلك فسخاً فعلياً.كما لو كان المستأجر مخيراً وقال أجزت أو أسقطت خياري كان ذلك منه اجازة قولية.كما أنه لو سكن العقار في أثناء مدة الخيار أو آجره من آخر وتصرف فيه تصرف المستأجرين كان منه اجازة فعلية. حتى أنه لو سكن الدار التي استأجرها على أن له الخيار ثلاثة أيام وانهدمت فلا يلزمه ضمان لأن سكناه إياها كان بحكم الإجارة لسقوط خياره بالسكنى ولزوم الإجارة بذلك.وهذا بخلاف ما لو كان الخيار مشروطاً للآجر فإن المستأجر يضمن قيمة ما انهدم من سكناه في مدة الخيار بدون إذن صاحب الدار ولا تلزمه الأجرة (الهندية في الباب الخامس).

لأنه لما كان ابتداء مدة الاجارة كما سيجيء في المادة(٥٠٢) يعتبر من وقت سقوط الخيار فسكنى المستأجر قبل ذلك من قبيل الغصب وليس بحكم الاجارة.

﴿المادة ٥٠٠﴾ لو انقضت مدة الخيار قبل فسخ المخير وإنفاذه الإجارة، يسقط الخيار وتلزم الإجارة.

أي أنه لو انقضت مدة الخيار قبل فسخ المخير (أي الآجر أو المستأجر) للإجارة قولاً أو فعلاً على الوجه المشروح.وإنفاذه إياها سقط الخيار ولزمت الإجارة (أنظر المادة ٣٠٥).

سقوط الخيار بأربعة وجوه:

١- بالاجازة القولية.

٢- بالاجازة الفعلية.
٣- بمرور المدة.
٤- بموت من له الخيار.

حتى أن المخير إذا جن أو أغمي عليه أو سكر أو نام ومرت مدة الخيار أثناء ذلك دون أن يعلم بها سقط خياره.

ولا ينتقل خيار الشرط في الإجارة الى الوارث فعليه لو توفي الطرف المخير أثناء مدة الخيار بطل ولا تنفذ الإجارة بعد ذلك باجازة الوارث (أنظر المادة ٣٠٦) والاجازة تنفسخ بالوفاة بخلاف البيع فإنه يكون لازماً.

﴿المادة ٥٠١﴾ مدة الخيار تعتبر من وقت العقد.

أي يعتبر مبدأ مدة الخيار من وقت عقد الإجارة (هندية). مثلاً لو استأجر أحد داراً من غرة محرم على أنه مخير ثلاثة أيام يعتبر ابتداء الخيار من غرة الشهر المذكور وتنقضي مدة الخيار بمرور ثلاثة أيام منذ ذلك التاريخ. لكن لو استأجر داراً على الوجه المشروح وشرط لنفسه الخيار ثلاثة أيام إعتباراً من اليوم الثاني من محرم فماذا الحكم؟

ففي هذه الصورة وإن كان القول بثبوت الخيار إعتباراً من اليوم الأول موافقاً إلا أنه يلزمنا هنا نقل صريح للحكم.

﴿المادة ٥٠٢﴾ إبتداء مدة الإجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار.

يعتبر ابتداء مدة الإجارة التي تعقد على خيار الشرط منذ سقوط الخيار بمقتضى إحدى المواد(٤٩٨و ٤٩٩و ٥٠٠).

فإذا استأجر أحد حانوتاً لشهر على أن يكون مخيراً ثلاثة أيام وفسخ الإجارة في اليوم الثالث بحكم الخيار لا يلزمه إعطاء أجرة اليومين الماضيين. لأن ابتداء مدة الإجارة يعتبر من وقت سقوط الخيار وفي المدة التي قبل ذلك لا تكون إجارة حتى يلزم المستأجر إعطاء أجرة اليوم الأول والثاني والثالث. لأن المستأجر إذا ابتدأ بالإنتفاع في المأجور من هذه الأيام فلا يتمكن من استيفاء المنافع مع بقاء الخيار لاستلزام ذلك سقوط الخيار. كذلك لو آجر أحد داره بكذا قرشاً على أنه مخير في ذلك مدة ثلاثة أيام وسكن المستأجر الدار مدة الخيار فأجرة المدة المذكورة غير لازمة ويضمن ما انهدم بسكناه.

كذلك إذا آجر المكاري دابته على أنه مخير في ذلك كذا ساعة وركب المستأجر الدابة بلا إذن الآجر قبل الاجازة فسرقت قبل مضي مدة الخيار ضمنها لأن المستأجر يكون غاصباً باستعماله المأجور بدون اجازة من المؤجر الذي له حق الفسخ حينئذ ولكي لا تكون الأجرة لازمة في هذه الحال وإذا

كان الخيار للمستأجر وركب الدابة على ذلك الوجه وسرقت من يده لزمته الأجرة ولا يلزمه ضمان لأن ركوب المستأجر الدابة على تلك الصورة اجازة فعلية منه (أنظر المادة ٤٩٩) (عبد الحليم، البزازية، الهندية).

هذا في ابتداء الإجارة التي تعقد على هذا الخيار أما ابتداء الإجارة التي ليس فيها خيار فقد بين في المادتين (٤٨٦ و٤٩٦).

المبحث الثاني

في بيان مسائل متعلقة في كيفية إجارة المأجور.

﴿المادة ٥٠٣﴾ لو استؤجرت أرض على أن تكون كذا ذراعاً أو دونماً وخرجت زائدة أو ناقصة تصح الإجارة ويلزم الأجر المسمى لكن المستأجر مخير حال نقصانها له أن يفسخ الإجارة ان شاء.

إذا استؤجرت أرض على أن تكون كذا ذراعاً أو دونماً أي على أن مقدار أذرعها أو دونماتها كذا ذراعاً أو دونما وبينت حدودها الأربعة ولم تبين أجرة كل ذراع أو دونم فإذا ظهرت عند التسليم تامة كانت الإجارة صحيحة ولازمة وإذا خرجت زائدة ذراعاً أو ذراعين أو دونماً أو دونمين أو عشر أذرع أو دونمات أو ناقصة كانت الإجارة أيضاً صحيحة واقعة على الأرض المحدودة فقط.ولو كان المأجور وقفاً ويلزم في كل حال الأجر المسمى فقط(أنظر شرح المادة ٢٢١) ولا تلزم زيادة الأجرة للأذرع أو الدونمات الزائدة كما لا يلزم نقصها إذا نقصت الأذرع أو الدونمات.(التنقيح).

لكن إذا انقصت الأذرع أو الدونمات عن المقدار المسمى في العقد،فالمستأجر مخير إذا شاء فسخ الإجارة وإذا شاء أجازها وليس له حط شيء من بدل الإيجار في مقابل النقصان (أنظر المادة ٢٢٤و٢٢٦) أما في حال الزيادة فليس المؤجر مخيراً لأنه لما كانت تلك الزيادة وصفاً فليس لها شيء من البدل.

ولما كان الخيار في هذه المادة خيار عيب فذكره في الفصل الموضوع لبيان خيار الشرط غير لائق(الأنقروي) وقد ذكر نظيره في البيع في المادتين «٢٢٤و ٢٢٦» «تحت عنوان»«المواد المتعلقة بكيفية المبيع» فقد وضعنا له في الشرح عنواناً تمييزاً عن خيار الشرط قياساً على نظيره في البيع.

لقد جاء «ويسكت عن بيان الأجرة لكل ذراع أو دونم» لأنه إذا بين الأجر أجرة كل ذراع أو دونم كان المستأجر مخيراً في حالتي الزيادة والنقصان فإن شاء قبل المأجور بحسابه من الأجرة وان شاء تركه «أنظر المادة ٢٢٦» لأنه وإن كان الذارع وصفاً ليس له مقابل من الثمن إلا أنه أصبح أصلاً لأفراده بذكر البدل.

وهذه المسألة المبينة في الشرح هي غير المسألة المبينة في المادة الآتية لأنه في هذه المسألة قد بين مقدار المجموع بخلاف المسألة الآتية. وتنطبق هذه المادة على استئجار الحيوان أيضاً وذلك كما لو استأجر بالخيار رجل ثوراً من آخر على أن يطحن عليه كل يوم عشر كيلات كان المستأجر بالخيار ان شاء رضي به كذلك وان شاء رده، فإن رضي به لزمه أجر كل يوم بتمامه وان رد كان عليه أجر اليوم الذي استعمله بتمامه ولا يحط عنه شيء بسبب النقصان عن العمل لأن الإجارة وقعت على الوقت ولهذا يستحق الأجر وان لم يطحن عليه شيء «الهندية في الباب الخامس».

﴿المادة ٥٠٤﴾ لو استؤجرت أرض على أن يكون كل دونم منها بكذا دراهم يلزم إعطاء الأجرة بحساب الدونم.

إذا استؤجرت أرض على أن يكون كل دونم أو كل ذراع منها بكذا قرشاً لزم إعطاء الأجرة بحساب البدل المسمى لكل دونم أو ذراع «الهندية».

مثلاً لو استؤجرت أرض على أن أجرة كل دونم منها عشرة غروش فكانت عشرين دونماً لزم إعطاء مائتي قرش (الخيرية).

وهذه المادة أيضاً لا تتعلق بخيار الشرط في شيء وإنما حشرت هنا لبيان الصورة الثانية للمادة الآنفة

المبحث الثالث

في بيان الإجارة بشرط

﴿المادة ٥٠٥﴾ يجوز عقد الإجارة على عمل عينت أجرته وشرط إيفاؤه في الوقت الفلاني ويكون الشرط معتبراً. مثلاً لو أعطى أحد إلى الخياط ثياباً على أن يفصلها وينجز خياطتها هذا اليوم أو لو استكرى أحد دليلاً بشرط أن يوصله في عشرة أيام إلى مكة، تجوز الإجارة. والآجر إن أوفى الشرط استحق الأجر المسمى وإلاّ استحق أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز الأجر المسمى.

أي أنه يجوز عقد الإجارة على عمل عينت أجرته وشرط ايفاؤه في الوقت الفلاني، ويكون العقد واقعاً على العمل والشرط معتبراً ويلزم المستأجر الأجر المسمى إذا أوفى الأجير العمل على الوجه المشروط وإلا فيلزمه أجر المثل على أن لا يتجاوز الأجر المسمى.

وبما أنه قد جمع في مثل هذا العقد بين الوقت والعمل ويحتمل أن يكون كل منهما هو المعقود

عليه والقرينة لقصد التعجيل معدومة بذكر الوقت،فوجب أن تفسد الإجارة للجهل بالمعقود عليه. فإن ذكر العمل يوجب عدم وجوب الأجرة ما لم يعمل.وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة.فعليه إذا كان العمل هو المعقود عليه كان نافعاً للمستأجر لأن إعطاء الأجرة إنما يلزم بعد تمام العمل.وإذا كان الوقت هو المعقود عليه كان نافعاً للأجير لأن الأجير يستحق الأجرة بمرور المدة سواء أوفى العمل أو لم يوفه.

وبما أنه لا مرجح لأحدهما على الآخر فهذا العقد مؤد إلى النزاع. لكنه لما كان العقد هنا واقعاً على العمل وذكر الوقت للإستعجال فقد صح ذلك العقد ورفعت الجهالة لتعذر الجمع (الزيلعي في شرح قول الكنز أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز).

مثلاً لو أعطى أحد الخياط ثياباً على أن يفصلها ويخيطها هذا اليوم أي لينجز خياطتها أو اكترى أحد دليلاً بشرط أن يوصله في عشرة أيام إلى مكة المكرمة تجوز الإجارة. وقد جمع في الصورة الأولى بين المدة والعمل وفي الصورة الثانية بين المدة والمسافة والعمل.

فإذا خاط الخياط الثوب في اليوم المعين وأنجزه وأوصله الدليل إلى مكة المكرمة في اليوم المعين استحق الأجر المسمى. وكذلك لو فرغ العمل في منتصف اليوم المعين كأن ينجز الخياط خياطة الثوب ظهر اليوم المعين أخذ الأجير الأجر المسمى لأن العقد صار وارداً على العمل.

وإذا لم يف الأجير أو الآجر العمل حسب الشرط أخذ أجر المثل على أن لا يتجاوز الأجر المسمى. (أنظر المادة ٤٦٢).

وإذا تباطأ الأجير عن القيام بالعمل في اليوم المعين مع مطالبة المستأجر ذلك مراراً وسرقت منه ضمن. أما إذا اختلف الطرفان في إيراد ذلك الشرط في العقد فالقول مع اليمين للأجير لأنه ينكر الشرط والضمان «جامع الفصولين» وقد جاء في رد المحتار ولو أن الخياط لم يخط الثياب في ذلك اليوم وطالبه المستأجر مراراً وتماهل ولم يعمل حتى سرقت الثياب ضمن قيمتها قاله **«شمس الأئمة»**.

واستفتيت أئمة بخارى عن قصار شرط عليه أن يفرغ اليوم من العمل فلم يفرغ وتلف الثوب في الغد أجابوا يضمن وإن اختلفا فينبغي أن يصدق القصار بيمينه لأنه ينكر الشرط والضمان والآخر يدعيه (جامع الفصولين).

وليس في هذه المادة وتلوها خيار الشرط الذي جاء حكمه في المادة (٤٩٨)، وإنما هما عبارة عن إجارة بشرط وقد وضعتا تحت عنوان خاص كنظائرهما في البيع.

ليس في هذه المادة ترديد قط بخلاف المادة الآتية وذلك هو الفرق بينهما.

﴿المادة ٥٠٦﴾ يصح ترديد الأجرة على صورتين أو ثلاث في العمل والعامل والحمل والمسافة والزمان والمكان ويلزم إعطاء الأجرة على موجب

الصورة التي تظهر فعلاً. مثلاً لو قيل للخياط إن خطت دقيقاً فلك كذا وإن خطت خشناً فلك كذا فأي الصورتين عمل له أجرتها، أو لو استؤجر حانوت بشرط أنه إن أجرى فيه عمل العطارة فأجرته كذا وإن أجرى فيه عمل الحدادة فكذا فأي العملين أجرى فيه يعطى أجرُته التي شرطت. وكذا لو استكريت دابة بشرط إن حملت حنطة فأجرتها كذا وإن حملت حديداً فكذا فأيها حمل يعطى أجرته التي عينت. أو لو قيل للمكاري استكريت منك هذه الدابة إلى (شورلي) بمئة وإلى أدرنة بمائتين وإلى فلبه بثلاثمائة فإلى أيها ذهب المستأجر تلزمه أجرة ذلك وكذا لو قال الآجر آجرت هذه الدار بمئة وهذه بمائتين وهذه بثلاثمائة فبعد قبول المستأجر تلزمه أجرة الحجرة التي سكنها وكذلك لو ساوم أحد الخياط على أن يخيط له جبة بشرط إن خاطها اليوم فله خمسون غرشاً وإن خاطها غداً فله ثلاثون تعتبر الشروط.

يجوز الترديد في الإجارة على ثمانية أوجه وهي:

(١) في العمل، (٢) في العامل، (٣) في الحمل، (٤) في المسافة، (٥) في المكان، (٦) في الزمان، (٧) في أنواع الزراعة، (٨) في نقل الحمل. ويصح ترديد الأجرة على صورتين أو ثلاث وتسمية أجرة لكل صورة غير أجرة الصورة الأخرى. ويعتبر البيع في جميعها دفعاً للحاجة وبما أن الإجارة بيع منافع فتقاس على بيع العين (مجمع الأنهر، الزيلعي).

يجوز الترديد في العمل اتفاقاً لأنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والأجر قد يجب بالعمل وعند العمل يرتفع الجهل (مجمع الأنهر).

أما في العامل فقد قال بجوازه الإمام الأعظم لأنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين والجهالة في العمل ترتفع عند المباشرة خلافاً لهما أي قال لا يجوز لأن المعقود عليه واحد والأجران مختلفان ولا يدري أيهما يجب فلا يجوز (مجمع الأنهر).

ويلزم إعطاء الأجرة على موجب الصورة التي تظهر فعلاً أي أجرة تلك الصورة التي شرطت وفي هذا ثلاثة إحتمالات:

١ - حصول الصور المرددة كلها.
٢ - عدم حصول شيء منها.
٣ - عدم حصول إحداها فقط.

والبحث في ذلك كله مستوفى في الشرح الآتي:

أما ترديد الأجرة زيادة عن ثلاث صور كأربع أو خمس فلا يجوز (أنظر المادة ٣١٦).

غير أنه يشترط خيار التعيين في البيع دون الأجارة والفرق بينهما هو أن الأجرة إنما تجب في الأجارة بالعمل وإذا وجد يصير المعقود عليه معلوماً بخلاف البيع فإن الثمن يجب بنفس العقد والمبيع مجهول. والواقع أن الجهالة التي في طرف الأجرة ترتفع كما ذكر وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار بمائة أو هذه الدار بمائتي قرش فهي ثابتة وتفضي إلى النزاع في تسليم العين وتسلمها. إذ المستأجر يريد هذه والمؤجر يريد الأخرى فتحقق النزاع فيبقى أن لا يصح بدون اشتراط خيار التعيين (مجمع الأنهر ونتائج الأفكار).

(١) مثلاً لو قيل للخياط إن خطت دقيقاً فلك مائة وخمسون غرشاً وإن خطت خشناً فلك مائة غرش، فأي الصورتين عمل له أجرتها أي إن خاط الثوب خياطة دقيقة أخذ مائة وخمسين غرشاً وإن خاطه خشناً أخذ مائة قرش فقط وإن لم يخطه على صورة ما فليس له أجر مطلقاً ويجبر على الخياطة. وليس ظهور الصورتين معاً بالفعل ممكناً. ولكن كيف يكون الحكم فيما لو خاط قسماً بصورة والآخر بصورة أخرى؟

في هذا الإحتمالات الآتية:

١ - أن يخيط دقيقاً.
٢ - أن يخيط خشناً.
٣ - أن لا يخيط مطلقاً.
٤ - أن يخيط قسماً دقيقاً وقسماً خشناً.
٥ - أن يخيط على الصورتين معاً أيضاً.

وقد بحث في هذه الإحتمالات جميعها وهذا مثال لترديد العمل.

وكذلك الحكم فيما لو قال المستأجر للخياط إن خطت الثوب بنفسك فلك مائة غرش وإن خاطه أحد أجرائك فلك خمسون غرش فقط. فإن لم يخطه هو ولا أحد أجرائه أجبر على خياطته ومن البديهي أنه ليس في الإمكان أن يخيط الخياط وأجيره الثوب معاً. ولكن كيف يكون الحكم لو خاط كل منهما قسماً؟ ويرى في هذا أيضاً الصور الخمس التي مرت آنفاً.

وكذلك الحكم إذا قال المستأجر للصباغ إذا صبغت الثوب بهذا النوع فلك ثمانون قرشاً وبالنوع الفلاني الآخر خمسون أما إذا صبغته باللون الفلاني فلك أربعون غرشاً (الهندية ومجمع الأنهر، الدر المنتقى).

فإذا لم يصبغه بشيء من الأنواع يجبر على صباغته. وأما بالثلاثة الأنواع معاً فغير ممكن ويلاحظ هنا أيضاً خمس مسائل.

(٢) أو لو استأجر حانوتاً من آخر بشرط أنه إن استعمله للعطارة فعليه أن يدفع مائة غرش وإن استعمله للحدادة فعليه مائة وخمسون غرشاً.

فأي العملين عمل في الحانوت المذكور يعطي أجرته التي شرطت فإذا اشتغل بالعطارة لزمه مائة غرش وإن اشتغل بالحدادة فمائة وخمسون غرشاً (الطوري).

هذا مثال لترديد العامل وإذا لم يستعمله ولا لعمل منها لزمه على قول أقل الأجرين وعلى آخر نصف مجموع الأجرين. ولكن كيف الحكم إذا استعمله نصفاً للعطارة ونصفاً للحدادة أو نصف مدة الإجارة للعطارة ونصفها الآخر للحدادة!

ويلاحظ هنا ست مسائل أيضاً.

وقد أشير إلى هذا المثال في الشرح برقم اثنين.

كذلك يكون الحكم على هذا المنوال في أرض استؤجرت على أن يكون بكذا إذا زرع النوع الفلاني من الحبوب فيها وبكذا إذا زرع نوع آخر (الهندية والبزازية). لكنه إذا لم يزرع أحد النوعين لزمه أقل الأجرين أو نصف مجموعها. أما زراعتها كلها في وقت واحد بالنوعين فلا يمكن ولكن كيف الحكم إذا زرع نصف منها بنوع والنصف الآخر بالآخر؟ وفي هذا أربع مسائل أيضاً.

(٣) وكذا لو استكريت دابة بشرط إن حملت حنطة فأجرتها أربعون قرشاً وإن حملت حديداً فستون قرشاً فإن حملت حنطة لزم أربعون قرشاً وإن حملت حديداً فستون قرشاً.

وإن لم تحمل شيئاً من ذلك وأحضرت (قفلا) لزم أقل الأجرين أو نصف مجموعها. وإن حملها من الإثنين في مدة الحمل لزم أكثر الأجرين. أما إذا حملها من الإثنين في آن واحد نصف الحمل من الحنطة ونصفه من الحديد فكيف يكون الحكم؟ ويلاحظ في هذا أيضاً خمس صور أما إذا كان المأجور كما بين آنفاً حانوتاً أو دابة أو أرضاً وقبضها المستأجر ولم يسكن الدار أو لم يحمل الدابة أو لم يزرع الأرض مطلقا.

أي إذا لم يستعمل الحانوت للعطارة ولا للحدادة ولم يحمل على الدابة حنطة ولا حديداً ولم يزرع الأرض شيئاً مع إمكان زرعها لزمه على القول الصحيح أقل الأجرين لأنه لما كان الزائد مشكوكاً فيه فلا يلزم بالشك وهو الصحيح لأنه لا يكون أكثر ضرراً من الإنتفاع بأقلهما ضرراً قال في إشارات الأسرار فإن لم يسكن قال بعضهم يستحق الأقل لأنه ثابت بيقين لأن الزيادة إنما تستحق باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فوجب بالتخلية أقل الأجرين (الزيلعي والشبلي).

ويلزم على قول آخر نصف أجرتها لأن المأجور بما أنه قد سلم فليس الإنتفاع به بشيء أولى من الآخر يعني يلزم نصف أجرة العطارة وأجرة الحدادة في الحانوت ونصف أجرة تحميل الحنطة والحديد في الدابة (الطوري).

وكذلك الحكم إذا استؤجرت دابة إلى مكان معلوم للركوب بخمسين وللحمل بمائة (الهندية

في الباب السادس والبزازية) أما إذا ركبها وحملها لزم أكثر الأجرين وإذا لم يستعملها لا للركوب ولا للتحميل لزم أقل الأجرين ومثال المجلة الآنف هو لترديد الحمل.

(٤) أو لو قال المكاري آجرت هذه الدابة إلى (شورلي) بمائة قرش وإلى (أدرنه) بمائتين وإلى (فلبه) بثلاثمائة وقبل بذلك المستأجر أعطي أجرة المحل الذي يقصده من المحال المذكورة. فإذا قصد المستأجر (شورلي) أخذ الأجرة المسماة لها وإذا قصد (أدرنه) أخذ الأجرة المسماة لها وإذا قصد فلبه أخذ كذلك الأجرة المسماة لها (الملتقى) وهذا المثال لترديد المسافة وفيه ترديد على ثلاث صور.

وإذا ذهب المستأجر إلى المحال الثلاثة لزمه أكثر الأجر. أما إذا استلم المستأجر المأجور ولم يذهب به إلى مكان ما فيعلم حكم ذلك من مراجعة المادتين (٤٧٠ و٥٤٦) وشرحهما.

٥ ـ وكذا لو قال الآجر آجرت هذه الدار بمائة وهذه بمائتي قرش وهذه الدار الأخرى بثلاثمائة قرش فبعد قبول المستأجر تلزمه الأجرة المعينة للدار التي سكنها (الدر المنتقى) وهذا المثال الذي أشير إليه برقم (٥) مثال لترديد المكان. لكن إذا استلم المستأجر دارين من الدور الثلاثة ولم يسكن إحداهما لزمه على قول أقل الأجرين وعلى آخر نصف مجموعهما. أما إذا سكن كلتا الدارين لزمه أعظم الأجرتين ولا يلزمه شيء للدار ذات الأجرة الأقل ما لم تكن مال وقف أو مال يتيم أو مال بيت المال أو معدة للإستغلال فتلزمه حينئذ أجرتها المثلية.

وكذلك لو قيل للخياط إن خطت هذا الثوب فلك مائة قرش وإن خطت الآخر فلك خمسون قرشاً لزمت أجرة ما يخيطه منهما (الهندية في الباب السادس) وإذا خاطهما كليهما لزمت أجرة الثوب الذي يخيطه أولاً ويعد متبرعاً في الآخر وإذا خاط الإثنين معاً لزم أكبر الأجرتين ويكون متبرعاً في أقلهما.

٦ - كذلك يجوز أن يقول المستأجر للخياط إن خطت (الجبة) في هذا اليوم فلك خمسون قرشاً وإن خطتها غداً فلك ثلاثون ويكون الشرط معتبراً. فيأخذ إن خاطها اليوم خمسين قرشاً وإن خاطها غداً يأخذ ثلاثين (الزيلعي).

أما إذا خاطها في اليوم الثالث أو الرابع أو ما بعد ذلك فله أجر المثل على أن لا يتجاوز الأجر المسمى أي يأخذ أجر المثل إذا كان ثلاثين قرشاً أو دونها وإذا كان أكثر فليس له غير الثلاثين أيضاً لأن المستأجر أبى أن يزيد على الثلاثين في اليوم الثاني فأولى ألا يزيد فيما تأخر عنه (عبد الحليم، الهندية، الدر المنتقى).

وكذلك يجوز أن يقاول المستأجر المكاري على أن يوصله إلى المدينة الفلانية بمائتي قرش إن أوصله بيومين وبمائة فقط إن أوصله بأكثر من ذلك ويكون الشرط معتبراً (الهندية في الباب السادس والعشرين) وهذا مثال لترديد الزمان.

وقد أصبحت هذه المادة مع أمثلتها ظاهرة بما مر من هذا التقرير المشروح على طريقة اللف والنشر.

٧ - وحكم الترديد في أنواع الزراعة على هذا المنوال أيضاً. كما لو قال صاحب الأرض للمزارع إذا زرعت الأرض بغير كراب فلك ربع المحصول وإن زرعتها بكراب واحد فلك ثلث المحصول وإن زرعتها بكرابين فلك نصف المحصول فللمزارع نصيبه حسبما يزرع الأرض (الكفاية عن التمرتاشي) وإذا لم يزرعها مطلقاً لا يلزمه شيء لأن الأجرة هنا من الحاصلات ولم يكن ثمة حاصلات. وليس من الممكن زراعتها بنوعين أو ثلاثة معاً. لكنه إذا زرع قسماً منها بنوع والقسم الآخر بنوع آخر لزمت في كل قسم ظاهر أجرة النوع الذي زرع به. ونظير ذلك في البيع خيار التعيين المبين في المادة (٣١٦) وما يتلوها من المواد.

٨ - ويجوز الترديد في نقل الحمل أيضاً. وذلك كأن يقول المستأجر للحمال إذا نقلت هذا الحمل إلى المحل الفلاني فلك مائة قرش وإذا نقلت ذلك الحمل فلك خمسون. فيجوز وتلزم أجرة الحمل الذي ينقل أولاً وإذا نقل الثاني بعد ذلك يعد متبرعاً ولا يأخذ عليه أجرة ويكون ضامناً فيما لو تلف. وإذا نقل الحملين معاً أخذ نصف أجرتيهما. وعليه فلو تلفا بيده ضمن نصفهما عند الإمام ويضمنهما عند الإمامين كليهما (الهندية في الباب السادس).

وليس قيد ترديد الأجرة في المجلة بقيد إحترازي. لأنه لا فرق بين ترديد الأجرة ونفيها. أي أنه يصح ترديد الأجرة بطريقي النفي والإثبات. مثلاً لو قال للخياط إن خطت الثوب اليوم فلك عشرة قروش وإن خطته غداً فلا أجر لك. فإذا خاطه اليوم الأول أخذ عشرة غروش وإن خاطه اليوم الثاني أخذ أجر المثل على أن لا يتجاوز الأجر المسمى (رد المحتار، الهندية). لأن إسقاط الأجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الأول ونفي التسمية في اليوم الأول لا ينفي أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه فيجب أجر المثل (الطوري).

الفصل الثاني

في مسائل خيار الرؤية

لا يجوز الإستئجار عند الشافعي ما لم يرد المأجور لوجود الجهالة في ذلك وإنما تكون الجهالة مانعة عند الحنفية إذا كانت موجبة للنزاع. ولما كان للمستأجر حق الفسخ بحكم خيار الرؤية إذا لم يرق له المأجور فليست هذه الجهالة موجبة للنزاع ولذلك فلا تمنع الجواز (الطوري).

﴿المادة ٥٠٧﴾ للمستأجر خيار الرؤية.

كما أن للمستأجر خيار الرؤية إذا استأجر مالاً بدون أن يراه فللأجير **الخيار** كما سيأتي ذلك. ويكون برؤيته المأجور مخيراً إن شاء قبله وإن شاء فسخ الإجارة (أنظر **المادة٣٢٠**) **لأنه** لما كانت الإجارة من قبيل شراء المنافع فالحديث الشريف (من اشترى ولم ير فله الخيار) ظاهره يتناول الإجارة أيضاً. وفضلاً عن ذلك فإن العقد لا يتم إلّا بالتراضي ولا رضاء بدون العلم (الطوري. الزيلعي وفتاوى ابن نجيم.)

والفقرة الأخيرة من المادة (٥١٠) فرع من هذه المادة.

لذلك لو استأجر أحد **قطعاً** من أراض صفقة واحدة بدون أن يراها ورأى بعضها فله فسخ الإجارة عنها جملة (أنظر المادة ٣٢٨) وليس له فسخ الإجارة عن بعضها وإبقائها في البعض الآخر (رد المحتار).

أما المؤجر فليس له خيار الرؤية (أنظر المادة ٣٢٢).

فعلى ذلك يكون خيار الرؤية مختصاً بالمستأجر فقط بخلاف خيار الشرط فكما يكون للمستأجر يكون للآجر (رد المحتار، التنقيح).

هذه المادة والمادة ٥٠٩ **الآتية مؤداهما واحد فكل منهما مغن عن الأخرى.**

﴿المادة ٥٠٨﴾ رؤية المأجور كرؤية المنافع.

أي أنه بما أن المنافع الحقيقية معدومة وتحدث شيئاً فشيئاً فليس من الممكن تعلق الرؤية بها. وإنما يعد المستأجر إذا رأى المأجور الذي هو محل المنفعة كأنه قد رآها. فعليه إذا استأجر أحد داراً بعد أن رآها فليس له خيار الرؤية (الهندية في الباب الخامس).

إن الفقرة الأولى من المادة (٥١٠) فرع لهذه المادة.

﴿المادة ٥٠٩﴾ لو استأجر أحد عقاراً من دون أن يراه يكون مخيراً عند رؤيته.

أي أنه لو استأجر أحد عقاراً أو مالاً آخر أو أجيراً من دون أن يراه، كان مخيراً عند رؤيته (أنظر المادة ٥٠٧) فإن شاء أجاز الإستئجار قولاً وفعلاً وإن شاء فسخ. وإذا فسخ فليس هذا الفسخ بحاجة إلى حكم قاض أو رضاء الآجر. وإذا فسخ المستأجر الإجارة على هذا الوجه فله أن يسترد ما أعطاه قبلاً من الأجرة على أنه بدل إجارة إلى الآجر عيناً إن كان موجوداً وأن يسترد بدله إن استهلك. حتى أنه إذا استأجر أحد فرساً من آخر سنة مقابل سكنى دار له ورأى ذلك الشخص الدار بعد أن استعمل المستأجر الفرس ستة أشهر فلم ترق له وفسخ الإجارة فله أخذ أجر مثل الفرس.

والإجازة بالقول ظاهرة. أما الإجازة بالفعل فهي تصرف المستأجر في المأجور تصرف المستأجرين (أنظر المادة ٣٣٥) الهندية في الباب الخامس.

﴿المادة ٥١٠﴾ من استأجر داراً كان قد رآها من قبل ليس له خيار الرؤية إلا إذا تغيرت هيئتها الأولى بانهدام محل يكون مضراً بالسكنى فحينئذ يكون مخيراً.

من استأجر داراً كان قد رآها قبل الإستئجار فليس له خيار الرؤية بشرط أن يكون عالماً حين الإستئجار بأن الدار المأجورة هي نفس الدار التي كان قد رآها قبلاً بقصد الإستئجار ما لم تكن بعد أن رآها قد تغيرت هيئتها الأولى بانهدام محل يكون مضراً بالسكنى فحينئذ يكون مخيراً بسبب ذلك التغيير (الهندية في الباب الخامس). (أنظر المادتين (٣٣٢ و٥٠٧).

(١) الخلاف بين الآجر والمستأجر (١) إذا اختلف المؤجر والمستأجر فقال الأول ليس لك خيار رؤية لأنك كنت قد رأيتها قبل الإيجار وقال الثاني لم أرها فلي الخيار فالقول للمستأجر لأنه ينكر الرؤية (أنظر المادة ٩).

(٢) لو اختلف المستأجر والآجر فقال الأول إنها قد تغيرت فلي الخيار وقال الثاني إنها لم تتغير. فإذا كانت المدة قريبة فالقول للآجر وإذا كانت بعيدة فللمستأجر لأن المدة إذا كانت قريبة فالظاهر عدم التغير وإذا كانت بعيدة فالظاهر التغير (أنظر شرح المادة ٣٣٢).

وقد بين في هاتين المادتين (أي المادة هذه والمادة ٥٠٩) خيار الرؤية للمستأجر وسيبين في الآتية خيار الرؤية للأجير.

﴿المادة ٥١١﴾ كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل فللأجير فيه خيار الرؤية مثلاً لو ساوم أحد الخياط على أن يخيط له جبة فالخياط بالخيار عند رؤية

الجوخ أو الشال الذي سيخيطه.

يثبت للأجير أيضاً خيار الرؤية في كل عمل يختلف ذاتاً باختلاف المحل أي يكون للأجير خيار الرؤية عند رؤيته ذلك المحل وثبوت خيار الرؤية للأجير وعدم ثبوته أصل في كل من المادة هذه والمادة الآتية وإليك ثلاثة أمثلة تفريعاً على هذه المادة.

١ ـ مثلاً لو ساوم أحد الخياط على أن يخيط له جبة فالخياط بالخيار عند رؤية الجوخ أو الشال الذي سيخيطه. فإن شاء قبل الإجارة وخاطه وإن شاء فسخها.

٢ ـ لو استأجر قصاراً لغسل ثياب كان القصار مخيراً عند رؤية الثياب (الهندية في الباب الخامس).

٣ - كذلك لو استأجر رجلا لكسر الحطب بكذا قرشاً على (الحكي) الواحد (أي ٤٠٠ رطل) كان مخيراً عند رؤية الحطب.

﴿المادة ٥١٢﴾ كل عمل لا يختلف باختلاف المحل فليس فيه خيار الرؤية مثلاً لو استؤجر أجير على أن يخرج حب خمس أواق قطن بعشرة دراهم ولم ير الأجير القطن فليس للأجير فيه خيار الرؤية.

أي أنه ليس للأجير خيار رؤية في كل عمل لا يختلف باختلاف المحل صعوبة وسهولة عند رؤية ذلك المحل يتضح ذلك بالأمثلة الثلاثة الآتية:

١ - لو استؤجر أجير على أن يخرج حب خمس أواق قطن بعشرة دراهم ولم ير الأجير القطن قبل المقاولة أو بعدها فليس له خيار رؤية عند رؤيته القطن.

٢ - كذلك لو استؤجر كيال على أن يكيل صبرة من الحنطة معلومة ولم ير الكيال الحنطة فليس له خيار الرؤية عند رؤيته إياها (رد المحتار).

٣ - كذلك لو استأجر حجام على أن يحجم أحداً في مكان معلوم فليس له خيار رؤية عند كشفه على المكان ورؤيته. لأن العمل هنا لا يختلف (الهندية في الباب الخامس).



الفصل الثالث

في مسائل خيار العيب

﴿المادة ٥١٣﴾ في الإجارة أيضاً خيار العيب كما في البيع.

في الإجارة خيار عيب كما في البيع (أنظر المادة ٣٣٧) لأن العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فإذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فوجب الخيار (الزيلعي في الإجارة).

والعيب الموجب للخيار في الإجارة ثلاثة أيام بحسب الوجود.

١ - أن يكون موجوداً قبل القبض والمستأجر لم يطلع عليه حين الإستئجار.

٢ - أن يكون حصل بعد العقد والقبض.

٣ - أن يحصل بعد العقد وبعد القبض.

وهذه الأقسام جميعها تستلزم خيارالعيب لأنه لما كانت الإجارة تنعقد شيئاً فشيئاً بوجود المنافع فالعيب الذي يحصل في المأجور بعد قبضه يكون قد حصل قبل قبض المنافع التي لم تستوف وكما أن حصول العيب في المبيع بعد البيع وقبل القبض أي وهو في يد البائع بمقتضى المادة (٣٤٠) موجب لرده. فهو مستلزم فسخ الإجارة وبهذا تندفع شبهة من قال إن عقد الإجارة لازم كالبيع. ثم أن العيب إذا حدث في المبيع بعدما قبضه المشتري ليس للمشتري أن يرده فكان ينبغي أن لا يرد بسبب العيب الحادث بعد القبض في الإجارة أيضاً فقال إن العيب الحادث في الإجارة بمنزلة العيب الحادث في البيع قبل القبض لأن المعقود عليه المنافع. هي تحدث شيئاً فشيئاً فما وجد من العيب يكون حادثاً قبل القبض فيوجب الخيار كما إذا حدث العيب في البيع قبل القبض (رد المحتار، الهندية، الكفاية).

أما إذا استأجر المستأجر المأجور بعد أن رأى العيب الذي حدث فيه سقط خياره (أنظر المادة ٣٤١) (رد المحتار).

وإذا لزم فسخ الإجارة بخيار العيب كما لو انهدمت الدار كلها فللمستأجر فسخ الإجارة ولو في غياب الآجر كما في خيار الرؤية. لا يحتاج ذلك إلى حكم قاض أو رضاء الآجر. سواء قبض المستأجر المأجور أو لم يقبض. أما في الأحوال التي ينهدم فيها حائط مثلاً فليس للمستأجر في غياب

الآجر فسخ الإجارة لأن فسخ العقد لا يجوز إلاّ بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما (رد المحتار البزازية، القهستاني، الهداية والشلبي).

والعيب ثلاثة أقسام أيضاً باعتبار أنه موجب فسخ الإجارة أو غير موجب:ــ

١ - ما أفات المنفعة المقصودة بالكلية.
٢ - ما أخل بالمنفعة المقصودة فقط.
٣ - ما أفات المنفعة غير المقصودة أو أخل بها.

فالإثنان الأولان يوجبان خيارالعيب بخلاف الثالث فإنه لا يوجبه كما سيبين في المادة الآتية.

﴿المادة ٥١٤﴾ العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكلية أو إخلالها كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها ومن الرحى بانقطاع مائها أو كإخلالها بهبوط سطح الدار أو بانهدام محل مضر بالسكنى أو بانجراح ظهر الدابة فهؤلاء من العيوب الموجبة للخيار في الإجارة واما النواقص التي لا تخل بالمنافع كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لم يدخل الدار برد ولا مطر وكانقطاع عرف الدابة وذيلها فليست موجبة للخيار في الإجارة.

العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصودة في الإجارة بالكلية أي أن تصبح العين المأجورة أو الدابة أو المتاع أو العقار بحالة لا يمكن الإنتفاع بها أو إخلالها فقط لأنه لما كان المعقود عليه في الإجارة هو المنافع فكل ما يؤثر فيها أو يخل بها كثيراً أو قليلاً موجب للخيار. وإذا فاتت المنافع المقصودة وبقيت المنافع غير المقصودة فلا تلزم لهذه أجرة. كما لو استأجر شخص داراً لأجل السكنى واحترقت وأصبحت عرصة خالية وكان تمكن السكنى في العرصة بنصب فسطاط أو غيره فيها كان الإنتفاع بها ممكناً بتعاطي البيع أو الشراء فيها أو غير ذلك فلا عبرة بذلك الإنتفاع.

أما المنفعة التي لم يكن العقد وارداً عليها فخللها ليس موجباً للخيار. وإذا عرفت ذلك ظهر لك صحة الإجارات الواقعة في زماننا فاستئجار الأرض مقيلاً ومراحاً قاصداً بذلك إلزام الأجرة بالتمكن منها مطلقاً سواء شملها الماء وأمكن زراعتها أو لا، ولا شك في زراعته لأنه لم يستأجرها للزراعة بخصوصها حتى يكون عدم ريها عيباً تنفسخ به (الطوري).

يعني أن العيب الذي يوجب الخيار في الإجارة قسمان:

القسم الأول: فوات المنفعة المقصودة من عين المأجور بالكلية.

القسم الثاني: حصول خلل في المأجور فقط لا يؤدي إلى فوات المنفعة المقصودة بالكلية.

وتبين أحكام هذين القسمين في المادة (٥١٨). أما هذه المادة فإنما تختص بتمييز العيب الذي يوجب الخيار عن العيب الذي لا يوجبه (أنظر المادة ٣٣٨). (رد المحتار).

قلنا فيما تقدم إن العيب الموجب للخيار في الإجارة هو ما يكون سبباً لفوات المنافع المقصودة بالكلية أو إخلالها، وذلك:

١ - كفوات المنفعة المقصودة من الدار المأجورة بانهدامها ومن الرحى بانقطاع مائها انقطاعاً تاماً ومن الأجير الخاص بمرضه مرضاً لا يمكنه من خدمة ما.

٢ - كإخلالها بهبوط سطح الدار أو بانهدام محل مضر بالسكنى أو عروض شيء آخر على البناء يورثه الوهن وسواء كان انهدام المحل المذكور بنفسه أو أن الآجر هدمه بإذن المستأجر أو بدون إذنه أو بجرح ظهر دابة الكراء وإصابة دابة الكراء والأجير الخاص بمرض لا يمكنه في حال الصحة بعده إلّا القيام بأقل من نصف ما كان يشتغل قبلاً. فهذه الصورة وما قبلها التي أشير إليها برقم (١) موجبة للخيار وتعد من العيوب في المعقود عليه (الهندية في الباب التاسع عشر وفي الباب الخامس والأنقروي ورد المحتار).

حتى أن الآجر لو شرط في عقد الإجارة أنه ليس للمستأجر من خيار في فسخ الإجارة بانقطاع المياه عن الطاحون فلا يكون لهذا الشرط حكم (أنظر المادة ٨٣) متنها وشرحها (الهندية في الباب الثالث والعشرين).

فالصورة التي أشير إليها برقم (١) هي من القسم الأول للعيب والصورة التي أشير إليها برقم (٢) هي من القسم الثاني له. وقد عدت هاتان الصورتان من العيوب لأنه لما كان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث العيب في جزء من المنفعة يوجب الخيار.

أما النواقص التي لا تخل بالمنافع كانهدام بعض محال الحجرات بحيث لا يدخل الدار برد ولا مطر أو كانهدام حائط ليس منه نفع للسكنى بل كانت للتزيين فقط أو كانقطاع عرف الدابة وذيلها أو ذهاب عين العبد المستأجر للخدمة أو سقوط شعره وما أشبه ذلك مما لا تفوت معه المنفعة أو يطرأ عليها خلل فأمثال هذا النقص لا يفسخ الإجارة لأن العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار (رد المحتار، الشبلي).

الخلاصة: العيب الذي يحدث في المأجور على نوعين:

النوع الأول: ما يؤثر في المنفعة أي أنه العيب الذي يخل بالمنفعة كثيراً أو قليلاً وهذا موجب للخيار (رد المحتار).

وعلى ذلك لو قطع الآجر شجرة من العرصة المأجورة وكانت تلك الشجرة مقصودة في العقد فللمستأجر فسخ الإجارة كما أن ظهور كون المأجور مغصوباً عيب أيضاً (رد المحتار والتنقيح والأنقروي. لأن المستأجر على هذا يكون قد تصرف بمال غيره بدون إذنه وهذا ممنوع).

وكذلك لو استأجر شخص من آخر طاحونين وكانت مجاري المياه تحتاج إلى الإصلاح ولم تكن المياه كافية لإدارة طاحونة واحدة ينظر فإذا كان إصلاح مجاري المياه في عُرف البلدة على الآجر وتسليط المياه على الطاحونين يديرهما إدارة غير كافية للطحن فللمستأجر فسخ الإجارة لأن ذلك يخل بالمنفعة المقصودة وإذا لم يفسخ الإجارة لزمته الأجرة تامة (أنظر المادة ٥١٦). أما إذا كانت المياه قليلة لدرجة لو سلطت على كلا الطاحونين معاً فلا تديرهما بالكلية وإذا سلطت على طاحون واحدة فقط أدارتها لزمته أجرة طاحون واحدة في حال عدم فسخه الإجارة لأنه لا ينتفع الاّ بواحدة فقط.

وإذا وجد تفاوت بين الأجرتين وكانت المياه تدير ذات الأجرة الكثيرة لزمت أجرتها لأن المستأجر قد تمكن من الإنتفاع بالأجرة الزائدة.

أما إذا كان إصلاح النهر في عرف البلدة عائداً على المستأجر لزمه أجر كلا الطاحونين تاماً لأنه يكون هو المعطل (الأنقروي).

والحاصل أنه يعتبر في عرف البلدة من يلزمه من العاقدين إصلاح مياه الطاحونة (أنظر المادة ٣٦).

وكذلك لو استأجر أحد للطاحون التي انقطعت مياهها ماء من نهر آخر ينظر فإذا كان تصريف المياه من النهر إلى الطاحونة ممكناً بلا حفر ولا مؤونة فالاستئجار صحيح وتكون الإجرة لازمة سواء استعمل مياه النهر أو لم يستعمّلها لأن الأجرة تلزم بمقتضى المادة (٤٧٠) بالاقتدار على استيفاء المنفعة. أما إذا كان تصريف المياه يحتاج إلى حفر ومؤونة فللمستأجر أن يترك قبل اتمام الحفر لأنه ليس مجبراً على أصلاح مال غيره من ماله أما بعد اتمام الحفر فليس له ذلك.

حتى لو أراد يصرف الماء إلى زرعه ويترك الإجارة لم يكن له ذلك ويلزمه الأجر فإن جاء من ذلك أمر فيه ضرر عظيم يذهب فيه زرعه ويضر ماله أضراراً عظيمة ان انقطع الماء عنه جعل هذا عذراً له أن يترك الإجارة (الهندية في الباب التاسع عشر والبزازية).

النوع الثاني: العيب الذي لا يخل بالمنفعة وذلك كذهاب عين الخادم أو سقوط شعره أو كانهدام حائط في الدار لا منفعة منها مطلقاً وهذا النوع لا يوجب الخيار لأن عقد الإجارة وارد على المنفعة وليس العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار «رد المحتار».

﴿المادة ٥١٥﴾ لو حدث في المأجور عيب قبل إستيفاء المنفعة فإنه كالموجود في وقت العقد.

إذا حدث في المأجور عيب من أحد القسمين المذكورين آنفاً قبل استيفاء المنفعة كلها فهو كما لو كان وقت العقد.

أي في هذه الصورة أيضاً خيار عيب كما في المادة السابقة، وفي ذلك صورتان.

الصورة الأولى: كون مقدار من المنفعة أستوفي وآخر لم يستوف. مثلاً لو استأجر أحد داراً ثلاثة أشهر وبعد أن سكنها شهراً واحداً حدث فيها عيب ففي هذه الصورة له خيار العيب «أنظر شرح المادة ٥١٣».

الصورة الثانية: كون المنفعة لم يستوف شيء منها وذلك كحدوث عيب في الدار المؤجرة إيجاراً مضافاً لمدة لم تحل بعد وهذا يوجب خيار العيب (رد المحتار).

﴿المادة ٥١٦﴾ لو حدث في المأجور عيب فالمستأجر بالخيار إن شاء أستوفي المنفعة مع العيب وأعطى تمام الأجرة وإن شاء فسخ الإجارة.

أي لو حدث في المأجورة عيب مخل بالمنافع المقصودة (١) فالمستأجر بالخيار إن شاء استوفي المنفعة مع العيب وحينئذ ليس للمستأجر فسخ الإجارة لرضائه بالعيب المذكور فعليه أن يعطي الأجرة تامة «أنظر المادة ٣٣٧» (الكفاية).

مثلاً. لو مرض البغل الذي استؤجر على أن يحمل مائة أقة شعير وحمله المستأجر خمسين أقة إلى المحل المقصود فليس له بذلك تنقيص نصف الأجر المسمى. والمادة (٥١٩) مثال للفقرة الأولى من هذه المادة وإذا شاء فله كما سيجيء في المادة (٥١٨) فسخ الإجارة بحضور الآجر على أن يعطي الحصة التي تصيب المدة الماضية من الأجرة. وذلك إذا حصل الفسخ بعد القبض أما إذا حصل قبله فليس على المستأجر شيء (أنظر المادة الآنفة).

كذلك إذا أنهدم حائط في الدار المأجورة فإذا كان ذلك لا يضر بالسكنى فليس للمستأجر فسخ الإجارة وإذا كان يضر فله ذلك وإذا لم يفسخها أعطى الأجرة تامة. وكذلك إذا تناقصت المياه عن الطاحون تناقصاً فاحشاً فللمستأجر فسخ الإجارة أما إذا لم يفسخها واستعمل الطاحون فليس له بعد ذلك ردها إلى الآجر أو تنقيص الأجرة لرضاه بالعيب (الهندية، رد المحتار. علي أفندي).

وقد وردت كلمة نقصان فاحش إحترازاً عن غير الفاحش لأن النقصان غير الفاحش ليس موجباً للخيار. والمراد بالنقصان الفاحش على قول هو أن يصبح ما تطحنه الطاحون بعد تناقص المياه أقل من نصف ما كانت تطحنه قبل ذلك وعلى قول آخر هو النصف تماماً وفي واقعات الناطقي لو يطحن النصف له الفسخ وهذه تخالف رواية القدوري (رد المحتار).

كذلك إذا مرض الأجير الذي استأجره آخر للخدمة ينظر فإذا لم يكن مقتدراً على العمل بالكلية لا تلزم أجرته (راجع الفقرة الرابعة من المادة ٥١٨) أما إذا كان أصبح أقل قدرة بقليل على العمل عن ذي قبل فللسمتأجر فسخ الإجارة وإذا لم يفسخا ومضت مدة الإجارة لزمته الاجرة

(١) أي القسم الثاني من القسمين المذكورين للعيب في المادة (٥١٤)

كاملة (الهندية في الباب التاسع عشر والبزازية ورد المحتار) وعلى قياس مسألة الرحى يجب أن يقال إذا عمل أقل من النصف له الرد والمادة (٥١٩) فرع لهذه المادة أيضاً.

وقد أردنا بقولنا في الشرح «العيب الحادث» القسم الثاني من قسمي العيب المذكورين في المادة (٥١٤) لأن القسم الأول إذا كان حادثاً فيها أنه لا يمكن استيفاء المنفعة منه فلا تلزم الأجرة على ما جاء في المادة (٥١٨) قال في الأصل الماء إذا انقطع الشهر كله ولم يفسخها المستأجر حتى مضى الشهر من فلا أجر عليه في ذلك (رد المحتار) ويكون المستأجر مخيراً على الوجه الآتي فإذا شاء فسخ الإجارة بالعيب وإن شاء انتظر. فإذا زال العيب قبل إنتهاء هذه الإجارة استعمل المأجور المدة الباقية أما إذا انقضت مدة الإجارة ولم يزل العيب فلا يعطي أجرة المدة التي جاءت بعد حدوث العيب.

﴿المادة ٥١٧﴾ - ان أزال الآجر العيب الحادث قبل فسخ المستأجر الإجارة لا يبقى للمستأجر حق الفسخ. وإن اراد المستأجر التصرف في بقية المدة فليس للآجر منعه أيضاً.

أي أنه إذا أزال الآجر العيب الحادث قبل أن يفسخ المستأجر الإجارة بسبب ذلك العيب كارجاعه الدار إلى هيئتها الأصلية أو إذا زال العيب بنفسه لا يبقى للمستأجر حق فسخ الإجارة وتكون الإجارة في باقي المدة لازمة كلا الطرفين (أنظر المادة ٤٠٦) ولا فرق في ذلك إذا كان العيب من القسم الأول أو الثاني الواردين في المادة «٥١٤» لأن العقد لما كان يتجدد في الإجارة ساعة فساعة فيسقط الخيار لعدم وجود عيب في الإجارة الكائنة بعد زوال سبب الفسخ (أنظر المادة ٢٤).

وان أراد المستأجر التصرف في بقية المدة فليس للآجر منعه أيضاً (رد المحتار) لأن الإجارة لا تنفسخ بمجرد حدوث العيب بل بفسخ المستأجر إياها. حتى أن المؤجر إذا بنى قبل الفسخ الدار التي تهدمت بالكلية كما كانت فليس لأحد العاقدين الامتناع عن العمل بمقتضى حكم الإجارة. السفينة المستأجرة إذ انقضت وصارت الواحاً ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها إلى المستأجر لأنها بالنقض لم تبق سفينة ففات المحل كموت العبد بخلاف إنهدام الدار تأمل (رد المحتار، الكفاية، الزيلعي، مجمع الأنهر).

كذلك إذا مرض الأجير فللمستأجر فسخ الإجارة إلا أنه إذا ابل من مرضه قبل أن يفسخ المستأجر الإجارة بسبب ذلك فليس له فسخ الإجارة (البزازية، رد المحتار).

﴿المادة ٥١٨﴾ إن أراد المستأجر فسخ الإجارة قبل رفع العيب الحادث الذي أخل بالمنافع فله فسخها في حضور الآجر وإلاّ فليس له فسخها في غيابه. وإن فسخها في غيابه دون أن يخبره لم يعتبر فسخه. وكراء المأجور يستمر كما كان وأما لو

فاتت المنافع المقصودة بالكلية فله فسخها بغياب الآجر أيضاً ولا تلزمه الأجرة ان فسخ أو لم يفسخ كما بين في المادة ٤٧٨. مثلاً لو انهدم محل يخل بالمنافع من الدار المأجورة فللمستأجر فسخ الإجارة. لكن يلزم عليه أن يفسخها في حضور الآجر وإلا فلو خرج من الدار دون أن يخبره يلزمه إعطاء الأجرة كأنه ما خرج. وأما لو إنهدمت الدار بالكلية فمن دون إحتياج إلى حضور الآجر للمستأجر فسخها وعلى هذه الحال لا تلزم الأجرة.

أي أنه إذا اراد المستأجر فسخ الإجارة بناء على المادة (٥١٥) قبل رفع[1] عيب حادث في المأجور من عيوب القسم الثاني من القسمين المذكورين في المادة (٥١٤) فله فسخها بحضور الآجر لأنه يجب أن يلحق علم المؤجر بالفسخ حتى يكون على علم من عدم بقاء الإجارة فيؤجر المأجور من آخر فلا يلحقه ضرر. إلا أنه لما كان للمستأجر وحده حق الفسخ قبل القبض وبعده فلا حاجة فيه إلى رضاء المؤجر أو حكم القاضي (أنظر شرح المادة ٥١٣).

وان فسخها في غياب الآجر دون أن يخبره لم يعتبر فسخه وكراء المأجور يستمر كما كان قبل الفسخ لأن عقد الإجارة لم يزل باقياً. والمستأجر مقتدر على استيفاء المنفعة مع ذلك التغير أي النقص. (أنظر المادة ٤٧٠، الهندية في الباب التاسع عشر وفي الباب الخامس، والطوري) . وعلى ذلك فلو فسخ المستأجر الإجارة وسكن الآجر الدار بعد خروجه منها سقطت الأجرة لأن ذلك يعد منه رضاء بالفسخ (الهندية في الباب التاسع عشر) (أنظر المادة ٦٨).

وأما إذا كان العيب الحادث من القسم الأول من عيوب المادة (٥١٤) ففاتت المنافع المقصودة بالكلية فللمستأجر فسخ الإجارة في غياب الآجر دون أن يخبره بذلك وهذا الفسخ أيضاً ليس يحتاج إلى رضاء الآجر أو قضاء الحاكم، وإذا لم يفسخها فلا تنفسخ بنفسها (راجع شرح المادة السابقة).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنها تنفسخ بنفسها دون فسخ (الأنقروي، رد المحتار، مجمع الأنهر).

سؤال: ألم يكن من الواجب إنفساخ الإجارة بفوت المنافع المقصودة قبل القبض مثلما تنفسخ بتلف الدابة المأجورة ومثلما ينفسخ البيع بتلف المبيع قبل القبض؟

الجواب: إن عدم الإنفساخ مبني على سببين. الأول: تصور عودة المنافع وفوات المنفعة في هذه الصورة يشبه فرار المبيع أو المأجور قبل القبض. والثاني إمكان الانتفاع بالمأجور على وجه آخر كضرب فسطاط في عرصة الدار المنهدمة وبذلك تصبح الدار موضعاً للسكنى أيضاً. ولكن لما كان المستأجر غير قادر على الانتفاع بالمأجور على الوجه المقصود في عقد الإجارة فلا تلزمه أجرة (الزيلعي في فسخ الإجارة بالعيب).

(١) إذ لا يبقى بعد رفع العيب من خيار (انظر المادة السابقة).

ولا تلزم المستأجر أجرة المدة التي تأتي بعد فوت المنافع المقصودة بالكلية كما بين في المادة (٤٧٨) سواء فسخ الإجارة أو لم يفسخها، أما أجرة المدة التي تكون مضت قبل ذلك فعليه اعطاؤها. حتى أنه لو استأجر شخص لشهر واحد داراً من آخر وانهدمت بعد أن سكنها عشرة أيام فقط لزمه ثلث الأجر المسمى (الهندية في الباب التاسع عشر).

مثلاً لو انهدم محل كحجرة أو حائط يخل بالمنافع من الدار المأجورة فللسمتأجر فسخ الإجارة سواء انهدم ذلك قبل القبض أو بعده. لكن يلزم عليه أن يفسخها في حضور الآجر وإلا فسخ الإجارة في غياب الآجر أي دون أن يخبره بذلك وخرج من الدار لزمه إعطاء الأجرة كأنه لم يخرج منها. وإذا كان الآجر غائباً أو متمرداً ولم يمكن احضاره إلى المحكمة ينصب القاضي وكيلاً عنه وللمستأجر أن يفسخ الإجارة في حضور هذا الوكيل (الأنقروي والهندية في الباب التاسع عشر).

وفي مثال المجلة هذا لف ونشر فهو إلى هنا مثال إلى كل من فقرتي «الذي أخل بالمنافع» و «كراء المأجور يستمر» كما أنه مثال لفقرة (وأما لو فاتت المنافع المقصودة بالكلية) التي بعدهما أيضاً.

أما لو أنهدمت الدار المأجورة بالكلية أو نقض الآجر بناءها بأذن المستأجر أو بغير أذنه فللمستأجر دون احتياج إلى حضور الآجر فسخها ولا تلزمه الأجرة على كل حال. أي إذا انهدمت الدار المأجورة بالكلية سواء فسخ المستأجر الإجارة أو لم يفسخها وسواء كان الفسخ بحضور الأجر أو غيابه فلا تلزمه أجرة المدة التي تأتي بعد ذلك لأن سكنى العرصة لا تعد من المنافع المقصودة كما جاء في المادة ٥١٤.

في اختلاف الطرفين: إذا أختلف الطرفان فقال المستأجر أن الأجرة أصبحت ساقطة بفوات المنافع المقصودة بالكلية في كل المدة الماضية وقال الآجر أن المنافع لم تفت بالكلية فلذا لا تسقط الأجرة ولم يكن لأحد الطرفين بينة على مدعاه تحكم الحال الحاضرة والقول في الماضي لمن شهدت له الحال الحاضرة أنظر المادة (١٧٧٦). أما إذا كان الطرفان متفقين على خلو المأجور من العيب في الحال وعلى فوات المنافع في بعض المدة وإنما كانا مختلفين على مقدار المنافع الفائتة فالقول مع اليمين للمستأجر لأنه ينكر بعض الأجرة (أنظر المادة (٧٦) الهندية قبيل الباب الحادي والعشرين).

﴿المادة ٥١٩﴾ لو انهدم حائط الدار أو إحدى حجرها ولم يفسخ المستأجر الإجارة وسكن في باقيها لم يسقط شيء من الأجرة.

إذا انهدمت حجرة من الدار أو حائط موجب للإخلال بالمنفعة المقصودة وكانت الدار مستأجرة بعقد واحد ولم يسم لكل حجرة فيها بدل على حدة أي لو حدث في الدار عيب من عيوب القسم الثاني المذكور في المادة (٥١٤) ولم يفسخ المستأجر الإجارة مع ثبوت حق الفسخ له وسكن في باقيها لم يسقط شيء من الأجرة لأجل تلك الحجرة المنهدمة أو ذلك الحائط. لأنه باستيفائه المنفعة

يكون رضي بالعيب (أنظر المادة ٦٨) بخلاف ما إذا اشغل المؤجر بيتاً منها لأنه بفعله فيسقط بحسابه «رد المحتار».

وعلى ذلك فلو انهدمت حجرة من الدار على هذا الوجه فلا يجبر أحد من كل من الآجر والمستأجر على بنائها، أما عدم مؤاخذة المستأجر بالبناء فظاهر. أما المؤجر فلأنه لا يجبر على إصلاح ملكه(التنقيح).

وإذا انهدمت حجرة في الدار أو حائط على هذا الوجه وسكن المستأجر مدة بدون أن يفسخ الإجارة أي أنه إذا استأجر داراً لسنة أو سكن فيها شهرين فحدث فيها عيب في الشهر الثالث وبقي ساكناً فيها أربعة أشهر أخرى ولم يفسخ الإجارة فليس له بعد ذلك فسخ الإجارة قياساً على مسألة الطاحون الواردة في شرح المادة(٥١٦)[1].

أما إذا استأجر داراً ذات اثنتي عشرة حجرة بأربعة وعشرين مجيدياً على أن لكل حجرة مجيديين وانهدمت حجرة منها فالظاهر أنه تسقط الأجرة التي لتلك الحجرة. والمسألة التي ذكرت في التنقيح إذا كانت المسألة هذه فهي لازمة وهي مذكورة في التنقيح كما يأتي: رجل استأجر داراً وقبضها فانهدم بيت يرفع عنه من الآجر بحصته ولا يؤخذ واحد منها ببنائه.

﴿المادة ٥٢٠﴾ لو استأجر أحد دارين معاً بكذا دراهم وانهدمت إحداهما فله أن يترك الإثنتين معاً.

إذا استأجر أحد دارين أو حمامين صفقة واحدة بكذا دراهم وانهدمت إحدى الدارين أو أحد الحمامين قبل القبض أو حدث مانع آخر يمنع سكانها أو حدث عيب أخل بمنفعتها فللمستأجر أن يترك المأجورين معاً أي الدار المنهدمة والدار التي لم تهدم أو التي حصل مانع من سكناها والتي لم يحصل أو التي حصل فيها عيب أخل بمنفعتيها والتي لم يحصل لها ذلك. وإلا فليس له أن يأخذ السالمة ويترك المعيبة (الدر المختار والطوري) لأن ذلك تفريق للصفقة قبل تمام العقد وخيار العيب مانع من تمام العقد قبل القبض.

وكذلك الحكم في خيار الرؤية (أنظر شرح المادة ٥٠٧).

قال (قبل القبض) لأنه إذا انهدم أحد المأجورين بعد القبض فسخت الإجارة عن الذي انهدم منهما فقط أما الثاني فتبقى الإجارة فيه وتلزم حصته من الأجرة لأنه في هذه الصورة لم يحصل تفريق للصفقة قبل تمام العقد (أنظر المادة ٣٥١) متنا وشرحاً (الهندية في الباب الخامس) وتتعين حصتها من الأجرة على ما جاء في شرح المادة ٤٢٥.

وقد فهم من هذه التفصيلات أن هذه المادة وأن جاءت مطلقة فهي في الحقيقة مقيدة.

(١) وبما أن هذه المادة فرع عن المادة ٥١٦ وهي في حكم المثال لها، فكان الأحق الإتيان بها مثالاً لتلك المادة. وقد أشير في شرح المادة المذكورة أيضاً الى ذلك.

وقال (لو استأجر أحد دارين معاً أي صفقة واحدة) لأنه لو لم يستأجرهما معاً صفقة واحدة بعقد واحد واستأجر كلا منهما بعقد على حدة وانهدمت إحداهما فليس له أن يترك سوى الدار التي انهدمت لأن ذلك لا يستلزم تفريق الصفقة(الهندية).

﴿المادة ٥٢١﴾ المستأجر بالخيار في دار استأجرها على أن تكون كذا حجرة وظهرت ناقصة ان شاء فسخ الإجارة وان شاء قبلها بالأجر المسمى. ولكن ليس له إبقاء الإجارة وتنقيص مقدار من الأجرة.

إذا استأجر أحد داراً على أن تكون كذا حجرة من غير أن يسمي لكل حجرة أجرة على حدة.

١- تلزم الإجارة إذا ظهرت حجرها بالمقدار الذي بين حين عقد الإجارة.

٢- يكون المستأجر بالخيار إذا ظهرت ناقصة. ان شاء فسخ الإجارة وان شاء قبلها بالأجر المسمى. ولكن ليس له إبقاء الإجارة وتنقيص مبلغ من الأجرة لأن مقدار الحجر في هذه الصورة لما كان من قبيل الوصف والوصف ليس له حصة من البدل قصداً فلا يمكن تنقيص الأجرة. ونظير هذه المادة في البيع المادة (٢٢٤). (يراجع المادة ٥١٦).

٣- أما إذا ظهرت زائدة فتكون الإجارة لازمة على أنه لا يلزم المستأجر إعطاء زيادة عن الأجرة .

لكن إذا استأجر الدار بكذا غرشاً على أن تكون كذا حجرة ولكل حجرة كذا غرشاً من الأجرة فله تنقيص أجرة الحجرة التي تنقص.

كذلك إذا استأجر أحد مزرعة على أنها عشرة دونمات وظهرت:

(١)تامة(٢) أو زائدة لزمت الأجرة. (٣) أما إذا ظهرت ناقصة فالمستأجر بالخيار فإن شاء تركها وان شاء قبلها بالأجر المسمى.

أما إذا استأجر أرضاً على أنها كذا دونماً لكل دونم عشرة غروش،أعطى أجرة ما يظهر من الدونمات وان أعطى زيادة عن ذلك فله استرداد ما أعطاه زائداً من الآجر.

مثلاً: لو آجر أحد عرصة مملوكة له على أنها خمسة عشر دونماً من آخر كل دونم بمائة وعشرة غروش لسنة وسلمه إياها وقبلها المستأجر على أنها خمسة عشر دونماً وأعطى أجرتها تامة إلى الآجر وبعد أن تصرف فيها إلى نهاية السنة ظهرت ناقصة عن الخمسة عشر دونماً كأن ظهرت أحد عشر دونماً فللمستأجر أن يسترد من الآجر أجر الأربعة الدونمات الناقصة (الفيضية) **(أنظر المادة ٥٠٣ متناً وشرحاً)**.

الباب السادس

في بيان أنواع المأجور وأحكامه ويشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول

في بيان مسائل تتعلق باجارة العقار وأحكامها

العقار كالأراضي والدور والحوانيت مع عرصاتها وما إلى ذلك، ويجوز إيجار الأراضي للزراعة وإنشاء الأبنية وغرس الأشجار لأن منفعة الأرض مقصودة وقد جرت العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها عملاً (الزيلعي) وكما يفهم جواز إيجار الأرضين من المادتين(٤٥٤و ٥٢٤) يفهم أيضاً جواز إيجار سائر الأموال الأخرى من المادتين(٥٢٢و ٥٢٣).

﴿المادة ٥٢٢﴾ يجوز استئجار دار أو حانوت بدون بيان انها لسكنى أحد.

أي أنه يجوز استحساناً استئجار دار أو حانوت بدون بيان أنها لسكنى أحد وحتى بدون بيان ما يراد عمله فيها كما ورد في المادة (٥٢٧) ويكون المستأجر (بمقتضى المادة ٥٢٨) قادراً على استعمالها. والقياس أن لا يجوز حتى تبين ما يعمل فيها لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها كوضع الأمتعة وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الأرض للزراعة والثياب للبس. ووجه الإستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى ولذا تسمى مسكناً فينصرف إليها لأن المتعارف كالمشروط ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجازت إجارتها مطلقاً بخلاف الأرض والثياب فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان. (الزيلعي) (أنظر المادة ٤٥).

مثلاً: لو قال أحد لآخر استأجرت دارك الفلانية أو حانوتك الفلاني للسكنى بكذا غرشاً صحت الإجارة المعقودة ولا حاجة في ذلك إلى قوله استأجرت الدار أو الحانوت لسكني أو لإسكان فلان وعلى ذلك فالدار التي تستأجر على هذه الكيفية. كما أن للمستأجر ان يسكنها فله أيضاً أن يسكنها آخر بإيجار أو بأي طريق آخر وله أيضاً أن يسكنها ويسكن غيره معه ويضع امتعته فيها (أنظر المادة ٤٢٨ (مجمع الأنهر)).

وقد احترز بقوله الدار أو الحانوت من الثياب والدواب وما إليها مما يختلف باختلاف

المستعملين لأنه يجب في هذه الأشياء تبين أن يعين الراكب واللابس أو أن يترك على وجه التعميم وإلا فلا تكون الإجارة صحيحة

﴿المادة ٥٢٣﴾ من آجر داره أو حانوته وكانت فيه أمتعته واشياؤه تصح الإجارة ويجبر على تخليته من أمتعته وأشيائه وتسليمه.

إيجار المشغول صحيح إذا لم يكن في تخليته ضرر كبيع المشغول. فلو آجر أحد داره أو حانوته أو ما أشبه ذلك من العقارات وكان فيها أمتعة الآجر أو أمتعة غيره صح الإيجار وكان الآجر مرغماً على تخليته من أمتعته أو من أمتعة غيره وتسليمها خالياً إلى المستأجر. ويعتبر الإيجار من وقت التسليم كما جاء في المادة (٤٧٧)، وليس للمؤجر أخذ شيء للمدة التي مضت قبل التسليم وليس للمستأجر الإمتناع عن قبول المأجور في المدة الباقية، ولكن في الأرض المؤجرة للزراعة إذا أمسك المؤجر المأجور في يده ومضى من مدة الإجارة شيء وأريد تسليمه إليه في المدة الباقية فللمستأجر أن يقبله فإن مضى من مدة الإجارة شيء قبل أن يختصما ثم قلع الزرع فالمستأجر بالخيار ان شاء قبضها ورفع عنه أجرة ما لم يقبض وان شاء ترك بخلاف ما لو استأجر داراً ليسكنها ومنعه المؤجر عن السكنى في بعض المدة يلزم العقد في الباقي ولا خيار له (الهندية) وجاء في الهندية أيضاً:

وعلى ذلك، يجوز إيجار المزرعة إذا كانت مستحصدة ويأمر المستأجر الآجر برفع زرعه منها وتسليمها(الهندية في الباب الخامس عشر في الفصل الرابع، ورد المحتار).

جاء(إذا لم يستلزم التفريغ ضرراً) لأن ذلك يستلزم فساد الإجارة كما يستلزم تسليم المبيع إذا كان فيه ضرر فساد البيع «أنظر شرح المادة ٢٠٩».

مثلاً لو آجر أحد مزرعته المزروعة بصورة مشروعة من آخر قبل أن يحين وقت حصاد زرعها كان الإيجار فاسداً (أنظر المادة ١٩)(الهندية والأنقروي) ولو قال المستأجر استأجرت منك الأرض وهي فارغة وقال المؤجر لا بل هي مشغولة بزرعي يحكم الحال كذا في المنتقى وفي فتاوى الفضيلي القول قول الآجر (الطوري) إلا أنه إذا قلع الآجر الزرع وسلمها إلى المستأجر خالية انقلبت الإجارة إلى الصحة(أنظر المادة ٢٤)«الهندية». أما إذا تخاصم الآجر والمستأجر إلى القاضي وحكم بفسخ الإجارة لفسادها واخلاها الآجر بعد ذلك ليسلمها إلى المستأجر فلا تصح ما لم يجدد العقد (الهندية).

والمراد بالزرع هنا زرع غير المستأجر فلو كان الزرع له لا يمنع صحتها والغير يشمل المؤجر والأجنبي فلو كان للمؤجر أي رب الأرض فالحيلة أن يبيع الزرع منه بثمن معلوم ويتقابضا ثم يؤجره الأرض وكذا لو ساقاه عليه قبل الإجارة لا بعدها «رد المحتار».

أما إذا كان ذلك الزرع قد زرع على صورة غير مشروعة كأن زرع غصباً فتكون الإجارة صحيحة سواء أدرك الزرع أو لم يدرك لأنه لما زرع بوجه غير مشروع يمكن تسليم الأرض إلى

المستأجر لأن الغاصب مجبر على قلع الزرع وإخلاء المأجور ولو لم يدرك الزرع (رد المحتار، التنقيح).

والحاصل أنه إذا آجر أحد أرضه من آخر وفيها زرع لغيره لم يدرك فإيجاره فاسد سواء أكان صاحب الزرع قد زرع زرعه باستئجار صحيح أو فاسد أو باستعارة أما إذا رفع الزرع وسلمت الأرض إلى المستأجر انقلبت الإجارة إلى الصحة عملاً بالمادة (٢٤).

إيجار الفارغ والمشغول الذي يستلزم تفريغه ضرراً بعقد واحد:

لو آجر فارغاً ومشغولاً يستلزم تفريغه ضرراً بعقد واحد صح في الفارغ فقط وكان فاسداً في المشغول وعليه فإذا سمى لكل منهما بدل على حدة يكون نصيب الفارغ من الأجر المسمى معلوماً. وإذا لم يبين البدل على هذه الصورة فيعين نصيب الفارغ من البدل توفيقاً للقاعدة التي مر بيانها في شرح المادة «٤٢٥» «رد المحتار، جواهر الفتاوى، الهندية في الباب الخامس عشر والفصل الرابع بزيادة».

إستأجر مشغولاً وفارغاً صح في الفارغ فقط.استأجر عيناً بعضها فارغ وبعضها مشغول وفي تفريغ المشغول ضرر صح في الفارغ فقط (رد المحتار).

رد آجر ارضاً بعضها مزروعة وبعضها فارغة ففي المزروعة فاسدة وفي الفارغة أيضاً فاسدة بفسادها كذا في جواهر الفتاوى، وفي فتاوى الفضيلي فيمن استأجر ضياعاً بعضا مزروعة وبعضها فارغة يجوز في الفارغة دون المشغولة وإذا اختلف فالقول للمؤجر كذا في المحيط (الهندية في الباب الخامس عشر في الفصل الرابع).

أما استئجار الأرض المشجرة أي الأرض التي تحتوي على شجر فلا يجوز وتكون الإجارة غير صحيحة على كل حال.لأن الإجارة إذا كانت لقطع الأشجار فلأنها تكون واقعة حينئذ على استهلاك الأعيان ليست بجائزة. (أنظر شرح المادة ٤٢٠) وإذا وقعت الإجارة على الأرض المشغولة بما لا يمكن اخلاؤها منه بدون أن يلحق المؤجر ضرر فليست بجائزة (رد المحتار).

غير أنه إذا استؤجرت أرض مشجرة على هذه الصورة كان استئجار أطرافها أي ما حوالي الشجر من الأرض جائزاً واستئجار وسطها غير جائز ما لم يكن الشجر الذي في وسطها شجرة أو شجرتين.

والحيلة في استئجار تلك الأراضي المشجرة أن يعقد الطرفان على القسم المشغول بالشجر عقد مسافة ومن ثم يمكنهما أن يعقدا الإجارة على الأرض، ويجب تقديم المسافة على الإجارة لئلا تكون الإجارة قد وقعت على مشغول حتى إنه إذا قدمت الإجارة على المسافة لا تلزم اجرة، إلا أنه يجب أن يشتركا فيما يحصل بعقد المسافة على الوجه المشروط (البزازية، التنقيح).

أما إذا آجر اراضيه المشغولة بالزرع بالاضافة إلى وقت معين يصير فيه حصاد الزرع يكون

الإيجار من قبيل ما جاء في المادة (٤٠٨) ويكون صحيحاً على كل حال (رد المحتار).

أما قوله (لغير المستأجر) احتراز من أن تكون الأمتعة للمستأجر لأنه إذا كانت للمستأجر كانت الإجارة صحيحة بدون حاجة إلى اخلائه من الأمتعة.

مثلاً لو اشترى أحد من آخر الذرق (نبات) الموجود في أرضه بأصوله أي على أنه يقلعه ثم استأجر بعد ذلك الأرض منه لابقائه فيها مدة صح استئجاره (الهندية).

في الخلاف بين الطرفين. : إذا اختلف الآجر والمستأجر فقال المستأجر استأجرت منك المأجور وهو فارغ وقال المؤجر لا بل وهو مشغول يحكم الحال الحاضر. ولكن بعض الفقهاء قالوا بأن القول للمؤجر (الطواري، الهندية).

﴿المادة ٥٢٤﴾ من استأجر أرضاً ولم يعين ما يزرعه فيها ولم يعمم على أن يزرع ما شاء فاجارته فاسدة. ولكن لو عين قبل الفسخ ورضي الآجر تنقلب إلى الصحة.

أي أنه كما يكون استئجار الأرض بدون بيان كونها لأي شيء استؤجرت أو تعميمه على ما جاء في المادة (٤٥٤) فاسداً يكون فاسداً أيضاً في أرض استؤجرت للزراعة ولم يعين ما يزرع فيها ولم يعمم على أن يزرع ما شاء وتكون بمقتضى شرح المادة (٤٦١) مستحقة للفسخ. لأن بعض المزروعات أضر بالأرض من بعض فما لم يبين ذلك لا تصير المنفعة معلومة وهذا مؤد إلى النزاع (أنظر المادة ٤٥٤) - (رد المحتار، والدر ، والغرر) لأن الرطاب أضر بالأرض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة إلى سقيها (الهداية).

قال في الكفاية لأن الأرض قد تستأجر لزراعة البر ولزراعة الشعير ولزراعة الذرة والأرز وغيرها وبعضها يضر بالأرض لأن البعض قريب الإدراك والبعض بعيده أو لأن البعض يضر بالأرض كالذرة والبعض لا يضر بها كالبطيخ، فما لم يبين شيء من ذلك لا يصير المعقود عليه، معلوماً والعلم المعقود عليه شرط في جواز الإجارة. انتهى.

فعليه إذا تنازع الآجر والمستأجر قبل الزراعة ورفعا ذلك إلى القاضي يفسخ القاضي الإجارة (النتيجة) أما إذا عين الشيء المراد زرعه أو عمم كانت جائزة لأن الجهالة في الصورة الأولى قد ارتفعت أما في الصورة الثانية فالجهالة الموجودة ليست مفضية إلى النزاع (الدرر والغرر).

تنقلب الإجارة إلى الصحة إذا عقدت فاسدة على الوجه السالف الذكر بوجهين:

١ - إذا عين ما يراد عمله في المأجور قبل الفسخ أو إذا كان ارضاً للزراعة وعين ما يراد زرعه فيها رضي الآجر به إنقلبت الإجارة إلى الصحة استحساناً ولزم الأجر المسمى. لأن الإجارة تنعقد ساعة فساعة حسب حدوث المنفعة والفساد كان لأجل الجهالة فإذا ارتفعت كان الارتفاع في

هذه الساعة كالارتفاع في وقت العقد فيعود جائزاً. (رد المحتار).

وانقلاب الإجارة إلى الصحة إنما كان استحساناً والقياس الفساد وبذلك كان يجب أن يلزم أجر المثل. لأنه استوفي أجر المثل بحكم عقد فاسد فلا ينقلب إلى الجواز (الشلبي). أما إذا لم يرض الآجر ففيه موضع للنزاع.

٢ - إذا زرع المستأجر الأرض المأجورة قبل تعيين ما يراد زرعه فيها وانقضت مدة الإجارة انقلبت الإجارة إلى الصحة استحساناً أيضاً ولزم الأجر المسمى لأن المعقود عليه قد علم بالاستعمال. وبما أن الفساد ناشئ عن احتمال وقوع الخلاف والنزاع الناشئ عن الجهالة فبانقضاء مدة الإجارة لم يبق محلاً لذلك (أنظر المادة ٢٤) فان قبل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو إحتمال أن يزرع ما يضر بالأرض لأنه إن زرعها جاز أن يكون المزروع مضراً بالأرض فتقع بينهما المنازعة وذلك لأن الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك على ما ذكر ولا ينفرد أحدهما بالتعيين ثم إذا تعين أحدهما بالاستعمال فلا يصح ذلك - قلنا الأصل إجازة العقد عقد انتفاء المانع لأن عقود الإنسان تصح بقدر الإمكان والمانع الذي فسد باعتباره يوقع المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد. ولهذا قلنا بالجواز عند انتفاء هذا التوقع وفي القياس يجب أجر المثل لأن المنافع قد استوفيت بإجارة فاسدة (النتيجة، والدرر ، رد المحتار، الفتاوى الجديدة والكفاية).

أما إذا آجر أحد أرضه على أن تزرع كذا والمستأجر زرعها نوعاً آخر من الحبوب فحكم ذلك على ما جاء في شرح المادة (٤٢٦). وفي استئجار الأراضي للزراعة على هذا الوجه يدخل الشرب والطريق غير ذكر ويعتبر شرطاً (أنظر شرح المادة ٤٥٤).

﴿المادة ٥٢٥﴾ من استأجر أرضاً على أن يزرعها ما شاء فله أن يزرعها مكرراً في ظرف السنة صيفياً وشتوياً.

أي أنه إذا استأجر أحد أرضاً لسنة مثلاً على أن يزرعها ما شاء فله أن يكرر زراعتها في ظرف السنة صيفياً وشتوياً (أنظر المادة ٦٤) بشرط:

(١) إمكان زرعها مرتين في السنة.

(٢) عدم تخصيص زراعتها بالصيفي فقط أو بالشتوي.

وعلى ذلك فلو كانت مدة الإجارة بمقدار زرعها صيفياً فقط أو شتائياً فقط وجب أن يزرع ما يكون له فقط كما لو كان عقد الإجارة مقيداً بالزراعة الصيفية لا مطلقاً ليمكن زرعها شتائياً وجاء في رد المحتار ما يلي: كما لو استأجرها في الشتاء تسعة أشهر ولا يمكن زراعتها في الشتاء جاز لما أمكن في المدة.

﴿المادة ٥٢٦﴾ لو انقضت مدة الإجارة قبل ادراك الزرع فللمستأجر أن يبقي الزرع في الأرض إلى ادراكه ويعطي أجرة المثل.

تجوز الإجارة الجبرية في بعض مسائل وهي:

أولاً: إذا نبت الزرع في الأرض المستأجرة وانقضت مدة الإجارة ولم يدرك فللمستأجر إذا شاء قلع الزرع في الحال (الأنقروي) لأن الزرع ماله وله بمقتضى المادة (١١٩٢) أن يتصرف بملكه كما يشاء وله أن يستحصل على رضاء الآجر ويبقي زرعه في الأرض إلى ادراكه ويعطي أجرة المثل.

والأرض سواء أكانت ملكاً أو اميرية أو وقفاً سواء في الحكم، لأنه لما كان للزرع نهاية معلومة فمراعاتها في حق الطرفين ممكنة أي بأخذ المؤجر أجر المثل وابقاء زرع المستأجر إلى حين ادراكه (رد المحتار، التنقيح).

أما إذا لم ينبت الزرع في مدة الإجارة مطلقاً يلزم المستأجر رد المأجور إلى الآجر بانقضائها وإذا نبت الزرع بعد تسليم الأرض إلى صاحبها فهو لصاحبه أي المستأجر ويلزمه اعطاء أجر المثل بمقتضى هذه المادة إلى الآجر (الأنقروي). أنظر المادة (٢١ و٣٣) وابقاء الزرع على الوجه المشروح بأجر المثل إما برضاء الآجر أو بحكم حاكم.

أما إذا أبقى المستأجر زرعه بدون رضاء الآجر أو حكم الحاكم فلا تلزمه أجرة عن تلك المدة لأن المنافع إذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة. وقد جاء في الأنقروي تلزم الأجرة في المدة التي يبقى فيها الزرع بحساب الأجر المسمى وليس رضاء الطرفين ولا حكم الحاكم شرطاً في ذلك ولعل هذا من الأنقروي ديانة.

وما لم يكن ذلك مال يتيم أو مال وقف أو معداً للأستغلال لا تلزم الأجرة المسماة ويلزم فيها أجر المثل للمدة التالية لمدة الإجارة على كل حال إذا انقضت مدة الإجارة وبقي الزرع إلى ادراكه ويحكم به (أنظر المادة ٥٩٦).

وكذلك لو استأجر بستاناً لوقف للزراعة وأنقضت مدة الإجارة قبل ادراك الزرع بقي البستان في يد المستأجر إلى وقت ادراك الزرع وليس المتولي أن يطلب من المستأجر قلع مزروعاته قبل ادراكها كما أنه ليس للمستأجر أن يطالب المتولي بقيمة ما لم ينضج من المزروعات (التنقيح).

وذلك كزراعة الفجل والباذنجان والجزر والبصل وما إليها مما تكون له نهاية معلومة لأن هذه البقول إذا أدركت قلعت ولا يبقى منها ما يظهر ثانية. (رد المحتار).

ثانياً: إذا غصب أحد سفينة آخر وبعد أن قطع فيها مسافة وبلغ عرض البحر ادركه صاحبها فليس له نزعها من الغاصب بل عليه أن يؤجرها منه إلى أن يخرج إلى الساحل.

ثالثاً: لا تكون الإجارة منفسخة حكماً إذا انفسحت حقيقة بوفاة المستأجر قبل ادراك الزرع وقبل انقضاء مدة الإجارة.

﴿المادة ٥٢٧﴾ يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان كونه لأي شيء وأما كيفية استعماله فتصرف إلى العرف والعادة.

لا يشترط في استئجار المنازل بيان ما تستأجر له فعليه يصح إستحساناً استئجار الدار أو الحانوت بدون بيان كونها لأي شيء استؤجرت-أما كيفية استعمالها فتصرف بناء على المادة (٤٣) إلى العرف والعادة وللمستأجر التصرف فيها على ما سيأتي في المادة الآتية لأنه لما كان الاستعمال المتعارف فيها هو السكنى فينصرف العقد إلى ما هو متعارف. انظر المادة (٥٥٢) وشرحها لأن المتعارف كالمشروط (الزيلعي).

مثلاً لو استأجر أحد داراً بقوله استأجرت الدار الفلانية مسانهة بأجرة قدرها كذا غرشاً صح ولا يشترط بيان ما تستأجر له كقوله (استأجرت الدار لاسكنها وما أشبه). القياس أن لا يجوز لأن المقصود من الدار والحانوت الانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع الأمتعة فينبغي أن لا يجوز ما لم يبين شيئاً من ذلك وجه الاستحسان أن المقصود معلوم بالعرف وهو السكنى فينصرف إليه لأن المعلوم عرفاً كالمشروط نصاً (الكفاية).

أما في استئجار الأراضي والدواب فبيان ما يستأجر له شرط أنظر المادتين (٤٥٣و٤٥٤ وشرحهما).

﴿المادة ٥٢٨﴾ كما أنه يصح لمن استأجر داراً بدون بيان كونها لأي شيء أن يسكنها بنفسه كذلك يصح له أن يسكنها غيره أيضاً وله أن يضع فيها أشياءه وله أن يعمل فيها كل عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء لكن ليس له أن يفعل ما يورث الضرر والوهن إلّا باذن صاحبها وأما بخصوص ربط الدواب فعرف البلدة وعادتها معتبر ومرعي وحكم الحانوت على هذا الوجه.

لمن استأجر داراً على الوجه المار في المادة السالفة بدون بيان كونها لأي شيء أن يستعملها على الاطلاق أي أولاً له أن يسكنها بنفسه ثانياً أن يسكنها غيره على سبيل الإجارة أو الإعارة حتى أنه للمستأجر الذي استأجر داراً على أن يسكنها وحده أن يسكن غيره معه وليس للآجر أن يمنعه من ذلك (رد المحتار) لكن حق الاسكان هذا خاص بالمستأجر وليس من يملك هذا الحق سواه وعليه لو استأجر أحد داراً وبعد أن تسلمها لو أسكن ابن المستأجر بدون أمره وبلا اذنه شخصاً بلا أجر وأنهدمت الدار فلا يلزم المستأجر ضمان سواء أكان الإنهدام ناشئاً عن سكني ذلك الشخص أو لم

يكن لكن إذا كان الإنهدام ناشئاً عن سكنى ذلك الشخص المذكور لزمه الضمان بالإجماع، وإذا كان الإنهدام غير ناشئ عن سكنى الشخص المذكور فلا يلزم عند الشيخين ابن المستأجر ضمان أما عند محمد فلصاحب الدار إذا شاء ضمنها ابن المستأجر وإن شاء ضمن ذلك الشخص وإذا ضمن الابن فليس له الرجوع على الساكن أما إذا ضمن الساكن فله الرجوع على الابن (الهندية في الباب الثاني والعشرين) وسبب هذا الإختلاف الإختلاف في جريان الغصب في العقار وعدمه وستأتي إيضاحات هذا في شرح كتاب الغصب.

ثالثاً: له أن يسكن غيره معه أيضاً. ولو شرط المؤجر أن يسكن وحده لأن كثرة السكان لا تورث الدار ضرراً بل بالعكس تزيد في اعمارها لأن خراب المساكن بترك سكناها وعليه لما كان التقييد المذكور غير مفيد بطل (الزيلعي) حتى أنه لو انهدم المأجور بسكنى ذلك الغير فلا يلزم ضمانة أنظر المادتين (٩١ و ٤٢٨).

رابعاً: للمستأجر أن يضع فيها أمتعته وليس للآجر منعه من ذلك لأنها من تمام السكنى (الكفاية والزيلعي) حتى أنه لو استأجر أحد داراً على أن يسكنها فلم يسكنها ووضع فيها أمتعته فليس للآجر منعه من ذلك.

خامساً: له أن ينتفع بالبئر والعين التي فيها ولا يجبر المستأجر على إصلاح البئر وطرق الماء وحفر الأقذار وما أشبه إذا خربت وإنما إصلاحها من وظائف المؤجر كما سيجيء في المادة ٥٢٩.

سادساً: للمستأجر أن يكسر الحطب على الصورة المعتادة في المحل المخصوص بحيث لا يضر بالأرض وما تحتها من مجاري المياه وأن يدق المسامير بحيث لا يضر بالقصارة.

وجاء في رد المحتار قوله ويكسر حطبه ينبغي تقييده بأن يكون في محل لا يحصل به ضرر بالأرض وما تحتها من مجرى الماء. قال الزيلعي وعلى هذا له أن يكسر الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لأنه لا يوهن البناء وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء فلا إلا برضى المالك وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل.

سابعاً: له أن يشتغل في المأجور في أي عمل لا يورث الوهن والضرر للبناء لأن الإجارة مطلقة.

ثامناً: للمستأجر أن يطحن في الدار بطاحون اليد إذا لم يكن الطحن مضراً بها.

تاسعاً: للمستأجر أن يبني في الدار تنوراً وإذا احترقت منه فلا يلزم ضمان (أنظر المادة ٩١) وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والإغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لأن ذلك كله من توابع السكنى وبه تتم السكنى (الزيلعي) إلا أنه إذا حصل الضرر بالدار لانشاء التنور قرب حائل خشبي أو في محل انشاؤه فيه غير مناسب لزم الضمان أنظر المادة (٦٠٢).

عاشراً: للمستأجر أن يغتسل ويغسل ثيابه في المكان المخصوص لذلك من الدار (الزيلعي).

الحادي عشر: للمستأجر أن يشغل في الحانوت عملاً آخر مساوياً للعمل الذي استأجره له في المضرة وليس للآجر أن يمنعه عن ذلك أنظر الفقرة الأولى من المادة- (٦٤) أما المستأجر فليس له التصرفات الآتية:

أولاً: ليس للمستأجر أن يشتغل في المأجور بما يورث الوهن والضرر للبناء بدون رضا الآجر كالحدادة ولو لم يشترط ذلك في أثناء العقد والشيء الذي لا يستطيع المستأجر أن يعمله بنفسه فليس له أن يجعل غيره أن يعمله، فحاصله أنه ليس له أن يعمل فيها كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر إلا بإذن صاحبها ويجوز له كل ما لا ضرر فيه بمطلق العقد ويستحقه (رد المحتار).

ثانياً: ليس له أن يكسر حطباً زيادة عن المعتاد بصورة تورث الوهن والضرر للبناء لأنه لما كان إيراث ذلك الضرر والوهن للمأجور ظاهراً للبناء فقد قيدها عقد الإجارة بغيرها (الدرر)(أنظر المادة ٤٢٦)وإذا عمل أمثال ذلك بالمأجور بدون رضاء صاحبه **أو اشتراطه** في عقد الإجارة وانقضت مدة الإجارة ولم يحصل ضرر للبناء لزم الأجر المسمىٰ استحساناً أيضاً لأن السكنى المعقودة عليها موجودة في الحدادة أيضاً فضلاً عما يوجد فيها من الشغل زائداً عن السكنى وعلى ذلك فبما أن المعقود عليه سيستوفى لزم الأجر المسمى بشرط السلامة(الزيلعي ورد المحتار) أما لو مضى بعضها هل يسقط أجره أو يجب يحرر (رد المحتار) وإذا انهدم البناء بناء على ذلك ضمن لأن المستأجر في هذا متعد. لأن الإنهدام أثر الحدادة والقصارة لا أثر السكنى(الهندية في الباب الثاني والعشرين) (أنظر المادتين ٦٠٢و ٦٠٣) وفي هذه الحال لا تلزم الأجرة في حصة البناء (أنظر المادة ٨٦) حتى أنه لو استأجر رجل داراً وحفر فيها بئراً ليتوضأ فيها فعطب فيها إنسان ينظر ان كان حفر بإذن رب الدار فلا ضمان كما لو حفر رب الدار نفسه وإن كان قد حفر بغير إذن رب الدار فهو ضامن(الهندية) وعلى ذلك فالإذن بعمل الشيء المضر معتبر إذا كان المأجور ملكاً أما إذا كانت الدار المأجورة وقفاً فليس للمتولي أن ياذن المستأجر بأشياء كهذه تورث البناء الوهن والضرر (أنظر المادة ٥٨ رد المحتار).

ويعتبر عرف البلدة وعادتها في خصوص ربط الدواب في الدار المأجورة. وعليه فكما يكون عرف البلدة وعادتها تلزم رعايته (أنظر المادة ٣٦). فإن كان في الدار موضع معد لربط الدواب كان له ذلك وإلا فلا لأنه يؤدي إلى إفساد الدار. إذ ربط الدواب في موضع السكنى إفساد (الشلبي).

أما بعد دخول المستأجر الدار المأجورة فليس للآجر أن يربط فيها دابته حتى انه لو ربطها وحدث منها ضرر ضمنه (أنظر المادة ٩٢٤) ما لم يكن قد ربطها باذن المستأجر بخلاف ما إذا أعار داره ثم أدخل الدابة بلا إذن المستعير يجوز ولا يضمن ما تلف به هذا إذا آجره كل الدار. أما إذا لم يؤجر صحنه له أن يدخل فيه الدابة (الهندية في الباب العشرين).

وحكم الحانوت على هذا الوجه أيضاً أي أنه إذا استؤجر بدون بيان كونه لأي شيء فكما للمستأجر أن يسكنه فله أن يسكنه غيره له أن يشتغل فيه كل نوع من أنواع العمل لا يورث البناء الوهن أما ما يورث الوهن للبناء ويضربه فليس له عمله بدون رضاء صاحبه أو اشتراط ذلك في

عقد الإجارة وليس له أن يتصرف في البناء تصرفاً مضراً كالهدم مثلاً.

حتى أنه لو استأجر أحد الناس حانوتين من شخصين وفتح بينهما باباً ليمر من الواحدة إلى الأخرى ضمن الحائط الذي هدمه وأعطى أجرة الحانوتين كاملة (الهندية).

إختلاف العاقدين:- لو اختلف الآجر والمستأجر فقال المستأجر اننا اشترطنا في أثناء عقد الإجارة الإشتغال في المأجور بما يورث البناء الوهن والضرر وقال الآجر لم نشترط ذلك فالقول للآجر لأنه لما كان القول للآجر إذا أنكر أصل الإجارة فالقول له أيضاً عند إنكاره نوع الإنتفاع وإذا أقام الإثنان البينة رجحت بينة المستأجر لأنها لإثبات الزيادة (الهندية والتنوير)(أنظر المادتين ٧٦و ٧٧) وإذا اختلف الطرفان في نوع الإجارة فالحكم على المنوال المشروح كما ورد (في شرح المادة ٤٢٦).

قيل بدون بيان كونها لأي شيء استؤجرت أما إذا بين كونها لأي شيء أي كما لو قال المستأجر عند عقد الإجارة استأجرت هذه الدار للسكنى فليس له أن يعمل فيها شيئاً أضر من السكنى (مجمع الأنهر).

هذه المادة تبين حكم الدار والحانوت اللتين تستأجران بدون بيان كونهما لأي شيء استؤجرتا أما إذا بين وقت العقد كونهما لأي شيء استؤجرتا فقد ذكر حكم ذلك (في المادة ٤٢٦).

﴿المادة ٥٢٩﴾ أعمال الأشياء التي تخل بالمنفعة المقصودة عائدة على الآجر: مثلاً تطهير الرحى على صاحبها كذلك تعمير الدار وطرق الماء وإصلاح منافذه وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على صاحب الدار وان امتنع صاحبها عن أعمال هؤلاء فللمستأجر أن يخرج منها إلا أن تكون حين استئجاره إياها كانت على هذه الحال وكان قد رآها فأنه حينئذ يكون قد رضي بالعيب فليس له إتخاذ هذا وسيلة للخروج من الدار بعد وان عمل المستأجر هذه الأشياء منه كانت من قبيل التبرع فليس له طلب ذلك المصروف من الآجر.

على الآجر أن يصلح من المأجور ما يخل بمنفعته أو بالبناء أي يعود على الآجر نوعان من النفقة على المأجور:

١- ما يخل بمنفعة المأجور.

٢- ما يتعلق بالبناء أي فيما هو من قبيل البناء (التنوير).

فقوله (تطهير الرحى على صاحبها) مثال للنوع الأول وقوله (تعمير الدار وطرق الماء وإصلاح منافذه وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى الخ..) مثال للنوع الثاني.

مثلاً(١) تطهير الرحى المأجورة على الآجر،ولو نشأ الخراب عن استعمال المستأجر إياها (التنوير، رد المحتار) لأنه لا يمكن الإنتفاع بالرحى إلا بالماء والماء لا يجري إلا بكري النهر إلا أن يكون قد شرط الكري على المستأجر (الهندية في الباب السابع عشر وليراجع شرح المادة(٥١٤).

أما كري مسيل الحمام ورفع ما به من أوساخ ومياه فعلى المستأجر (رد المحتار) ويعتبر في رفع الثلج عرف البلدة (أنظر المادة ٣٦).

وكذا تطيين سطح الدار أي ان إصلاح السطح لمنع تسرب مياه المطر إلى داخل الدار عائد على الآجر لأن عدمه مخل بالسكنى بخلاف تكليس جدرانها(رد المحتار) كذلك تعمير الدار المأجورة وطرق الماء وإصلاح مجاريه وكري بئر الماء وإصلاحها ولو خربت باستعمال المستأجر إياها، وإنشاء الأشياء التي تخل بالسكنى ووضع الزجاج للنوافذ وغيرها وإصلاح الدرج وسائر الأمور التي تتعلق بالبناء كلها لازمة على الآجر إذا كانت ملكاً وعلى الوقف إذا كانت وقفاً (الهندية في الباب السابع عشر والخيرية).

ولو خربت بئر الحمام أو بالوعته بسكنى المستأجر أو استعماله فيلزم الآجر إصلاح البئر استحساناً. والقياس أنه يجب على المستأجر لأن الشغل حصل من جهته. ووجه الإستحسان أن المشغول بهذه الأشياء باطن الأرض فلا يمنع التسليم بعد انقضاء العقد ولو شرطه رب الدار على المستأجر حين آجر لا يجوز ويفسد العقد لأنه لا يقتضيه ولاحدهما فيه منفعة (رد المحتار).

وإذا امتنع صاحب الدار المأجورة عن عمل ذلك وإن كان ليس للمستأجر بمقتضى المادة(٢٥) أن يجبره على إصلاح ملكه فله بمقتضى المادتين (٥٠٥و ٥١٦) أن يفسخ الإجارة ويخرج منها. مثلاً لو وقعت في البئر فأرة أو نزل بها آفة فليس على واحد منهما تطهيرها «الهندية».قال الحموي يفهم من هذا التعليل أن الدار لو كانت وقفاً يجبر الناظر على ذلك «رد المحتار».

والعمل في هذه الصورة هو أن يفسخ المستأجر الإجارة والآجر حاضر ويخرج من المأجور وإلا فلو امتنع الآجر عن أعمال الأشياء المذكورة وأقام المستأجر مدة في المأجور فيكون راضياً باستعماله معيباً فليس له بعد ذلك تركه(أنظر شرح المادة ٥١٩).

وذلك ما لم تكن حين استئجاره إياه على هذه الحال وكان قد رآه فإنه حينئذ يكون قد رضي بالعيب وليس له اتخاذ وجود أشياء تخل بالمنفعة المقصودة وسيلة للخروج من الدار بعد(أنظر الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٥١٦) ولو استأجرها أي الدار ولا زجاج فيها أو على سطحها ثلج وعلم به فلا خيار له (الهندية في الباب السابع عشر).

وإن عمل المستأجر هذه الأشياء منه كانت من قبيل التبرع وليس له طلب ذلك المصروف من الآجر أو أن يحسبه من الأجرة. أما إذا عمله بإذن الآجر فله الرجوع به عليه (أنظر المادة الآتية والمادة ١٥٠٨) أما إذا عملها المستأجر لنفسه بدون إذن الآجر فينظر إذا كان ما أجراه المستأجر من

الترميم والإصلاح ترميم غير مستهلك (كأخشاب وحجارة ولبن وآجر) فللمستأجر قلعه إذا لم يكن في قلعه ضرر على المأجور وإلا فلا.

والترميم غير المستهلك هو ما أمكن قلعه وتفريقه عن ابنية المأجور دون أن يحدث ذلك ضرراً له كاضافة بناء إلى المأجور.

مثلاً لو وضع المستأجر لنوافذ الدار أبواباً زجاجية بدون إذن صاحبها فله عند انتهاء مدة الإجارة قلعها إذا لم يكن ذلك مضراً وليس لصاحب الدار أن يمنعه عن ذلك(النتيجة) وكذلك لو بلط الدار أو وضع لها اقفالاً فله قلع البلاط والأقفال إذا لم يكن من ذلك ضرر (الأنقروي).

الترميم المستهلك: كالصبغ (الدهان) والتكليس مما لا يمكن تفريقه عن البناء. مثلاً لو كلس المستأجرالمأجور بنفسه فليس له رفعه لأن الكلس إذا رفع صار تراباً لا ينتفع به ولا يعود إلى أصله وحاصله أنه إن عمر بما لو نقض يبقى مالاً فله نقضه وإلا فلا ويتفرع عليه أمور كثيرة«رد المحتار» غير أن للمستأجر إذا كان نقض وقلع ما عمله لنفسه في المأجور يضر به «أي بالمأجور» فليس له نقضه وقلعه ويأخذ قيمته يوم الخصومة «الأنقروي».

وإليك بعض المسائل التي تتفرع عن ذلك:

أولاً: ليس للمستأجر أن يقلع البلاط الذي بلط به المأجور أو الأقفال والأبواب التي وضعها إذا كان القلع مضراً بالمأجور.

ثانياً: إذا قال أحد عند إيجاره حانوتاً له من آخر ابن ما شئت فيها فاني لا أخرجك منها أي، أنه إذا بنى المستأجر بناء في الحانوت بعد أن أذِنَ الآجر له بالبناء وأخرجه الآجر عند إنتهاء مدة الإجارة فليس له أخذ ما انفق على البناء من المصروفات بل له ثمن الأشياء مقلوعة (فتاوى أبو السعود).

ثالثاً: إذا وضع أحد للرحى التي استأجرها حجراً مع سائر لوازمه لنفسه وانقضت مدة الإجارة ينظر فإذا وضعه بأمر الآجر رجع عليه به ولو لم يشترط الرجوع أما إذا عمله لنفسه بدون أمر فيا كان ليس بمسمر وقد وضع على أن يقلع فللمستأجر رفعه وما كان مسمراً وقلعه مضر بالبناء فليس له ذلك وإنما له كما جاء في المسائل الثلاث السالفة أن يأخذ قيمته مقلوعاً يوم الخصومة «الأنقروي، التنقيح».

كذلك لو استأجر أحد حماماً من اثنين وعمره بأمر أحدهما أخذ ما صرفه من الآجر الذي امره وليس له أخذ شيء من الثاني «أنظر المادة ١٣١١» ما لم يكن أمر ذلك الرجل بالتعمير أيضاً أو أذن القاضي به «أنظر المواد ١٣٠٩ و١٣١٣ و١٥٠٨» «الهندية في الباب الثالث والعشرين».

وإذا استأجر أحد رحى ثم آجرها من آخر وأذن له بتعميرها ورمها ينظر فإذا كان المستأجر الثاني يعلم بأن آجره مستأجر فليس له ما انفق لأن الأمر بالتصرف في مال الغير باطل كما جاء في

المادة «٩٥» أما إذا كان غير عالم بأنه مستأجر بل ظن أنه صاحب المال رجع بما صرف «أنظر المادة ٦٥٨» (البزازية والتنقيح).

ضريبة المأجور: ضريبة المأجور على الآجر.

فعليه إذا أخذت ضريبة المأجور الأميرية من المستأجر وكان اعطاؤه إياها بأمر الآجر فله أن يرجع عليه بها وكذلك تعطى ضريبة الوقف الذي عليه عشر من حاصلاته ولا يلزم المستأجر اعطاؤه.

كذلك إذا أخذ من المزارع ضريبة الأراضي وكان اعطاؤه إياها بأمر الآجر فله الرجوع عليه (أنظر المادة ١٥٠٦) وكذلك إذا أخذت من المستأجر بدون أمر الآجر فله الرجوع على الآجر أيضاً كما هو ظاهر في بعض الكتب الفقهية (رد المحتار والتنقيح).

﴿المادة ٥٣٠﴾ التعميرات التي أنشأها المستأجر بإذن الآجر ان كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل كتنظيم الكرميد (أي القرميد وهو نوع من الآجر يوضع على السطوح لحفظه من المطر) فالمستأجر يأخذ مصروفات هذه التعميرات من الآجر وأن لم يجر بينهما شرط على أخذه. وان كانت عائدة لمنافع المستأجر فقط كتعمير المطابخ فليس للمستأجر أخذ مصروفاتها ما لم يذكر شرط أخذها بينهما.

أي أن التعميرات التي ينشئها المستأجر بإذن الآجر الذي يكون هو المالك ان كانت عائدة لإصلاح المأجور وصيانته عن تطرق الخلل لتنظيم الآجر (القرميد) فالمستأجر يأخذ مصروفات مثل هذه التعميرات من الآجر أو يحسبها من الأجرة ولو لم يذكر هذا الشرط ويصرح به لأن التعمير يحسن حالة الملك ويصونه من أن يتطرق إليه خلل: فمصروفه عائد إلى الآجر وكذا القيم وان كانت عائدة لمنافع المستأجر ولم يجر شرط كهذا بين الطرفين كتعمير المطابخ وإصلاح التنور وكري حفرة (بيت الخلاء) فليس للمستأجر أخذ مصروفاتها بمجرد الإذن ما لم يذكر شرط أخذها بينهما لأن منافع ذلك للمستأجر والغرم بالغنم أما إذا شرط ذلك فله أخذه كأن يقول الآجر للمستأجر اعمل التنور واحسب أجرته فله أن يحسبها وقد جاء في التنقيح لأن العمارة لإصلاح ملكه وصيانة داره عن الإختلال فرضي بالانفاق بخلاف التنور والبالوعة فانها لمصلحة المستأجر (قنية) حتى لو قال له الآجر ابن تنوراً واحسبه من الأجرة يرجع ولو قال ابن تنوراً لا يرجع.

اختلاف في مقدار الانفاق: إذا عمر المستأجر في المأجور شيئاً بمقتضى هذه المادة ولزم الرجوع على الآجر بالنفقة وحصل خلاف بين الطرفين في مقدارها تعرض العمارة على أهل الصنعة فمن

صدقوا من الطرفين قوله كان له القول لأن ظاهر الحال يشهد له وإذا اختلف أهل الصنعة فبعضهم قال بما قال به المستأجر وبعضهم قال بما قال به الآجر يعتبر الادعاء والانكار حينئذ أي يكون القول مع اليمين لمنكر الزيادة وهو صاحب الدار والبينة تكون على المستأجر (التنقيح).

أما إذا لم يكن الاختلاف في مقدار المصروفات على الوجه السالف بل إذا كان في أساس التعمير كما إذا أمر الآجر المستأجر بأن يعمر المأجور على أن يحسب ذلك من الأجرة فقال المستأجر قد عمرته وقال الآجر لم تعمره فالقول للآجر (البزازية والتنقيح) (أنظر المادة ٧٦).

الوسيلة إلى منع ما سيقع من الاختلاف فيما إذا أذن الآجر المستأجر بالانفاق على تعمير المأجور هي: أن يعطي المستأجر قسماً من الأجرة إلى الآجر ويرده الآجر إلى المستأجر ويأمره بانفاقه في تعمير المأجور، وبذلك يكون القول للمستأجر مع اليمين بمقتضى المادة (١٧٧٤) لأنه حينئذ يكون أميناً.

وقد يكون الإذن بالتعمير مقيداً بشرط فيلزم حينئذ مراعاة ذلك الشرط وذلك كأن يعطي الآجر أذناً بالتعمير بشرط أن يجري الانفاق والتعمير باطلاعه أو باطلاع وكيله فإذا أنفق المستأجر على المأجور بدون اطلاعه عد متبرعاً.

كذلك إذا استأجر أحد حانوت وقف من ناظر الوقف وأذنه الناظر أن ينفق ما يلزم للتعمير إلاّ أنه أشترط عليه أن يجري ذلك بإطلاعه أو اطلاع وكيله وإلاّ فلا يحسب من الأجرة ويكون المستأجر فيه متبرعاً ونظم بذلك سنداً ثم صرف المستأجر على المأجور وعمره بدون اطلاع الناظر أو اطلاع وكيله عد متبرعاً وليس له أن يحسبه من الأجرة (التنقيح).

جاء في الشرح قيد (إذا كان ملكاً) لأن حكم الوقف غير حكم الملك وقد بين ذلك في المادة السابقة في تغيير مستأجر الوقف المأجور: إذا هدم أحد دار الوقف التي استأجرها ثم بناها ينظر القاضي فان كان ما غيرها إليه أكثر نفعاً للوقف وموجباً لازدياد أجرتها أخذت أجرة الدار من المستأجر وأبقى **البناء** الجديد للوقف ويكون متبرعاً فيما أنفق وإذا لم يكن ذلك التغيير أكثر نفعاً للوقف ولا موجباً لازدياد أجرته الزمه القاضي بهدمه وإعادته إلى الصفة الأولى بعد تعزيزه بما يليق بحاله لتغييره الوقف.

مثلاً لو استأجر أحد داراً وقفاً فهدمها وجعلها طاحوناً أو فرناً ينظر ان كان ما صارت إليه أنفع وأكثر ريعاً أخذ منه وأبقي ما عمره للوقف وهو متبرع وإلاّ الزم بهدمه وإعادته إلى الصفة الأولى بعد تعزيزه بما يليق بحاله (رد المحتار في الوقف).

﴿المادة ٥٣١﴾ لو أحدث المستأجر بناء في العقار المأجور أو غرس شجرة فالآجر مخير عند إنقضاء مدة الإجارة إن شاء قلع البناء أو الشجرة وإن شاء أبقى ذلك وأعطى قيمته كثيرة كانت أم قليلة.

أي أنه لو أحدث المستأجر في العقار الذي استأجره على أن ينشيء فيه بناء أو يغرس شجرة أو ذرقاً (وهو نوع من النبات) أو نوعاً آخر مما يغرس للثمر أو للورق وليس له نهاية معلومة أو كان له نهاية بعيدة كقصب السكر كان المؤجر عند إنقضاء مدة الإجارة مخيراً على الأوجه الثلاثة الآتية:

١ - للآجر أن يبقي الشجر أو الذرق مثلاً لأنه لما كان صاحب الأرض فله أن يبقيه بأجر أو بلا أجر على سبيل الإعارة قال الزيلعي لأن الحق لرب الأرض فإذا رضي باستمراره على ما كان باجر أو بغير أجر كان له ذلك. انتهى.

وحينئذ تجب مراعاة الشروط لبقاء الشجر فإذا عقدت إجارة بين الطرفين كان ذلك إجارة جديدة وإلا فاعارة والشجر للمستأجر أو المستعير والعقار للآجر أو المعير وفي هذه الحال إذا آجر الأرض معاً قسمت الأجرة بينهما بنسبة قيمة كل من الأرض والبناء أو الشجر (رد المحتار والدرر) وتعين حصة كل منهما على الوجه المذكور في شرح المادة (٤٢٥).

٢ - وله هدم البناء وقلع الشجر أو الذرق واستلام المأجور فارغاً وتسوية الأرض وليس للمستأجر إبقاء البناء أو الشجر في حال عدم رضاء الآجر ببقائه (رد المحتار) لأنه لما كان على المستأجر إعادة المأجور إلى الآجر عند إنقضاء مدة الإجارة وتسليمه إياه فارغاً كما أخذه فيجب عليه قلع ما حدث في المأجور من البناء أو الشجر إذا لم يرض الآجر ببقائه لأنه لما لم يكن للشجر أو البناء نهاية معلومة فبقاؤه بأجرة أو بلا أجرة بقاء دائمياً مما يضر بالآجر أنظر المواد (٩٦ و٥٩١ و٥٩٣) غير أنه إذا كان على الشجر ثمر لم يدرك أبقى الشجر في أرضه بأجر المثل إلى ادراك ثمره أنظر المادة (٤٨٠) شرحاً ومتناً (رد المحتار).

وحاصل ذلك أن في البناء والغرس اتحد الجواب في الصور الثلاث وهي الإجارة والعارية والغصب حيث يجب فيهما القلع والتسليم فارغاً. وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لأنه متعد. في الزراعة وفي الإجارة يترك إلى وقت الإدراك إستحساناً بأجر المثل. وفي العارية الموقتة وغير الموقتة أن يأخذها صاحبها إلى أن يستحصد الزرع إستحساناً لأنه ما كان متعدياً في الزراعة بجهة العارية. ولإدراك الزرع نهاية معلومة فيترك قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما في الأجارة نظراً للجانبين (الشبلي).

٣ - إذا كان هدم البناء أو قلع الشجر مضراً بالعقار المأجور مثلاً فللآجر إبقاء الشجر أو البناء واعطاء قيمته مستحقاً للقلع يوم الخصومة إلى المستأجر سواء أكانت قليلة أو كثيرة وسواء أرضي المستأجر بذلك أو لم يرض ويتملكها بالرغم عنه لأنه لما كان القلع مضراً بالأرض وبذلك يتضرر المؤجر. وقد جعل لدفع هذا الضرر حق امتلاك المحدثات باعطائه قيمتها دفعاً لما يلحقه من الضرر أنظر المادة (٣١) لأن فيه نظراً لهما حيث أوجبنا للمؤجر تسلم الأرض بعد إنقضاء مدة الإجارة وللمستأجر قيمتها مستحقي القلع لأن أصل وصلها بحق (رد المحتار).

وبذلك فقد أزيل الضرر اللاحق بكلا العاقدين بقدر الإمكان. وأما اقتصار التملك على المؤجر فهو ناشئ عما يعود عليه من الضرر والمستأجر لا يلحقه شيء من الضرر لأن القيمة التي سيأخذها تقوم مقام البناء أو الشجر، وتعريف قيمته مستحق القلع. قد جاء في المادة (٨٨٥) أما إذا لم يكن هدم البناء وقلع الأشجار مضراً بالمأجور فليس للآجر أن يتملكه بغير رضاء المستأجر ورضاء المستأجر في ابقائه وتملكه في هذه الصورة شرط. لأن الآجر والمستأجر متساويان في ثبوت الملك فلا يرجح أحدهما على الآخر (الدرر الهندية، عبد الحليم، الخيرية).

فلا بد من اتفاقهما في الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به أحدهما في هذه الحال دون الآخر (الزيلعي).

أما إذا كان العقار المأجور أرضاً لوقف أو أرضاً لبيت المال فتجري فيه عند إنتهاء مدة الإجارة الأحكام الآتية: مثلاً لو أذن متولي الوقف مستأجر عرصة للوقف أن يبنيها لنفسه وعلى ذلك بنى المستأجر العرصة فللمستأجر إذا شاء أن يبقي البناء بعد إنقضاء مدة الإجارة ويدفع أجر المثل للأرض وذلك إذا لم يلحق الوقف ضرر به وليس للموقوف عليهم في هذه الحال أن يطلبوا من المستأجر قلع البناء (رد المحتار والتنقيح، والخيرية). لأن المأجور إذا كان وقفاً مشروطاً فيه الإستغلال ولا بد من تأجيره فايجاره من المستأجر الأول تعنت وضرر والضرر ممنوع شرعاً لأنه قد ورد في الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) أما إذا زاد الغير على الأجرة ولم يقبل بها المستأجر ففي هذه الصورة يؤجر من الغير وله إذا شاء رفع بنائه إذا لم يكن في رفعه ضرر على المأجور. ويجب على كل قاضٍ عادل عالم وعلى كل قيم أمين غير ظالم أن ينظر في الأوقاف فإن كان بحيث لو رفع البناء والغرس تستأجر أن يفسخ الإجارة ويرفع البناء وغرسه أو يقبلها بهذه الأجرة وقلما يضر الرفع بالأرض فأن الغالب فيه نفع وغبطة للوقف (التنقيح).

أما إذا كان رفعه مضراً فليس له رفعه ويأخذ المستأجر قيمته ويتركه للوقف وعلى المتولي أن يعطيه **الأقل من قيمته مبنياً ومقلوعاً ويضبطه للوقف** (رد المحتار) وهنا لا يجبر المتولي على إعطاء بدل البناء ووجهه أنه معاوضة وهي متوقفة على التراضي كما هو ظاهر. لكن على صاحب البناء أن ينتظر إلى أن يخلص بناؤه من العرصة ويستلمه حينئذ وإذا سقط شيء من البناء قبل أن يستلمه المستأجر أعطي إليه أي إلى صاحب البناء لأن الخيار للناظر حينئذ بين تملكه جبراً على المستأجر وبين أن يتركه إلى أن يتخلص بناء المستأجر من الأرض (رد المحتار في أوائل الإجارة). ولا يلزم المستأجر أجرة أرض الوقف بلا شبهة لأن إبقاء البناء لمصلحة الوقف لا لمصلحة ولو لزمته الأجرة لزمه ضرران أحدهما التزم به بفعله والآخر لم يلتزم به وهما ضرر التربص إلى وقت التخلص وقد التزم بفعله إذ بنى في أرض الوقف بحسن اختياره بناء لا يتخلص إلا بضرر الوقف فيلزمه وضرر الاجرة من غير إنتفاع بالأرض ولم يلتزم به فلا يلزمه (الخيرية) أما إذا لم يكن القلع مضراً بالأرض الموقوفة ففي هذه الصورة يكون المخير هو المستأجر.

كذلك لو أحدث المستأجر في دار الوقف المأجورة منه ترميماً غير مستهلك بدون إذن الناظر

فليس له أخذ ما دفع من المصروفات من الوقف وإنما له أن يأخذ قيمة بنائه مقلوعاً إذا كان قلعه مضراً بالوقف ويبقي البناء ملكاً. رجل استأجر جهات وقف من ناظر شرعي وعمر فيها ولم يكن الناظر أذن له في شيء من ذلك فهل تلزم العمارة جهة الوقف حيث يأذن الناظر له في ذلك أم لا أو هل للناظر الرجوع بذلك على المستأجر المذكور وما الحكم في ذلك؟ فأفتى سيدي الجد شيخ مشايخ الإسلام بأن العمارة المذكورة لا تلزم جهة الوقف والناظر مخير بين أن يتملكها لجهة الوقف بقيمتها مقلوعة أو يكلف المستأجر بقلعها وتسوية الوقف فيفعل الأنفع للوقف والله أعلم «لسان الحكام».

الأراضي المحتكرة: الأراضي المحتكرة هي ما تؤجر للبناء أو الغرس وهي وقف أيضاً والإستحكار عقد إجارة يراد به استبقاء الأرض أو البناء أو الغرس أو غير ذلك. ووجهه إمكان رعاية الجانبين من غير ضرر وعدم الفائدة في القلع إذ لو قلعت لا تؤجر بأكثر منه وعليه فلو مات المستأجر فلورثته استبقاؤه ولو حصل ضرر ما بأن كان هو ووارثه مفلساً أو متغلباً سيئ المعاملة يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر لا يجبر الموقوف عليهم (رد المحتار).

قيل سواء أكانت القيمة قليلة أو كثيرة فإذا كانت قيمة الشجر أكثر من قيمة الأراضي فللمستأجر أن يؤدي قيمة الأرض ويمتلكها والحكم في العارية على هذا المنوال أيضاً كما هو مصرح في (رد المحتار) وإليك فيما يلي العبارة التي جاءت في هذا الخصوص برمتها «بخلاف ما إذا استأجر أرضاً ملكاً ليس للمستأجر أن يستبقيها. كذلك إن أبى المالك إلاَّ القلع بل يكلفه على ذلك إلاَّ إذا كانت قيمة الغراس أكثر من قيمة الأرض فيضمن المستأجر قيمة الأرض للمالك فتكون الغراس والأرض للغارس وفي العكس يضمن المالك قيمة الغراس فتكون الأرض والأشجار له وكذا الحكم في العارية» وذلك ما لم تكن العرصة المأجورة وقفاً وحينئذ ليس للمستأجر حق امتلاك العرصة ولو كانت قيمة البناء الموجود فيها والأشجار المغروسة فيها أكثر من قيمة العرصة وقد بين هذا في (رد المحتار) أيضاً.

إلاَّ أن الغاصب الذي يغتصب أرضاً من آخر ويبني فيها بناء أو يغرس فيها شجراً يؤمر بمقتضى المادة (٩٠٦) من المجلة بقلع أشجاره أو هدم بنائه وتسليم الأرض لصاحبها غير أن العلماء قد اختلفوا في ذلك وجاءت أقوالهم على ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: على الغاصب قلع الشجر أو هدم البناء وإخلاء الأرض المغصوبة وردها لصاحبها سواء أكانت قيمة الأرض المغصوبة أكثر أو أقل من قيمة تلك الأشجار أو ذلك البناء.

الوجه الثاني: إذا كانت قيمة الأبنية أو الأشجار تزيد عن قيمة الأرض فللغاصب تملك الأرض بعد أداء ثمنها إلى من غصبت منه وهنا يتبع الأقل من الأراضي والبناء في القيمة الأكثر منها.

الوجه الثالث: إذا بنى الغاصب في الأرض أو غرس شجراً بزعم سبب شرعي وكانت قيمة البناء أو الغرس أكثر من قيمتها فللغاصب حينئذ أن يؤدي لصاحب الأرض قيمتها ويمتلكها أما إذا لم

يكن ثمة من سبب شرعي فالغاصب مجبر على قلع البناء أو الشجر وتسليم الأرض إلى المشتري ولو كانت قيمة الشجر أو البناء أكثر من قيمة الأرض.

وقد بينت المادة (٩٠٦) الآتية الذكر على هذا القول الثالث. ويفهم مما مر من التفصيلات السالفة أن عبارة (سواء أكانت أقل أو أكثر) على وجه التعميم صحيحة ومبنية على الوجه الثالث «عبد الحليم ورد المحتار في التنقيب، والأنقروي، والتنقيح» وستوضح هذه المسألة في شرح المادة «٩٠٦» لأنه المكان اللائق بإيضاحها.

وقد يستفاد من حكم هذه المادة (٥٢٦) إتحاد حكم البناء والغرس في كل من الإعارة والإجارة والغصب أي أنه يلزم في الحالات الثلاث هدم البناء وقلع الشجر وتسليم الأرض إلى صاحبها خالية أما الزرع فحكمه القلع حالاً في حال الغصب. وفي حال الإعارة يبقى إلى حين إدراكه بأجر المثل (الشلبي).

﴿المادة ٥٣٢﴾ إزالة الغبار والتراب والكناسة والرماد وغير ذلك أثناء مدة الإجارة على المستأجر.

فإزالة الرماد والسرقين من الحمام المستأجر عند انتهاء مدة الإجارة وتفريغ موضوع الغسالة ترجع على المستأجر ولو لم يكن هناك شرط على ذلك فلو شرط هذا الشرط فلا يكون مفسداً لعقد الإجارة أنظر شرح المادة «٤٦٢». غير أن شرط ذلك على الآجر مفسد لها أما كري الأقنية والحفر وما أشبه ذلك مما ليس على وجه الأرض فلا يجبر المستأجر عليه ولو حصل ذلك من استعماله وعليه فليس على المستأجر تفريغ البالوعة ولا يجبر عليه وإذا فرغها بلا أمر المؤجر كان متبرعاً وليس له أخذ ما أنفق من المؤجر. إلاّ إذا كان مسيلاً لحمام ولو كان مسقوفاً فتفريغه على المستأجر.

إختلاف: على أنه إذا اختلف المستأجر والمؤجر فقال المستأجر إن هذه الكناسة كانت موجودة حين استئجاري وقال المؤجر إنها لم تكن فالقول للمستأجر بأنها كانت موجودة (رد المحتار والبزازية).

﴿المادة ٥٣٣﴾ إن كان المستأجر يخرب المأجور بإحدى الصور ولم يقدر الآجر على منعه راجع الحاكم وفسخ الإجارة.

أي أن للآجر أن يراجع القاضي فيما إذا كان المستأجر عاملاً على تخريب الدار المأجورة كأن يقلع بلاطها أو يقلع أخشاب سقفها ولم يمكنه منعه وعلى القاضي أن يفسخ الإجارة قبل انقضاء مدتها إذا ثبت لديه ذلك لأنه عذر موجب لفسخها. وليس للآجر الفسخ بدون مراجعة القاضي (أنظر المادة ٢٠). أي أن حق الفسخ بهذا العذر عائد للقاضي وليس للمؤجر فسخ الإجارة بنفسه

(البهجة والأنقروي) أما إذا بلي المأجور باستعمال المستأجر إياه حسب المعتاد فلا يسأل عن ذلك (البزازية).

وليس للمؤجر أو الجيران فسخ الإجارة فيما إذا كان المستأجر يتخذ الدار المستأجرة مكاناً لارتكاب الموبقات والمحرمات وكل ما يمكنهم تقديم النصح له ونهيه عنها (أنظر شرح المادة ٤٤).

وذكره هنا الدار ليس بقيد أريد الإحتراز به عن غيرها وإنما جاءت هنا كمثال فقط وعلى ذلك إذا أخذ مستأجر الأرض في تخريبها تخريباً ظاهراً،ولم يتمكن الآجر من منعه،فللقاضي أن يفسخ الإجارة بهذا السبب (الأنقروي).

مسائل تتعلق ببيع الإستغلال

إن بيع الإستغلال كما مر في شرح المادة (١١٩) عقد مركب من البيع بالوفاء والإجارة معاً وقد رأينا من المناسب البحث فيه فيما يلي:

المسألة الأولى - إذا باع إنسان في مقابل دينه من آخر عقاراً مملوكاً له بيعاً وفائياً وبعد أن أخلاه له وسلمه إليه استأجره منه صح الإيجار ولزم الأجر المسمى وهذا يقال له بيع الإستغلال (رد المحتار وعلي أفندي).

والحكم على هذا المنوال في فراغ استغلال المستغلات الموقوفة أيضاً. فلو تفرغ المتولي المأذون لأحد بالوقف ذي الإيجارين وبعد أن أخلاه المتفرغ وسلمه إلى المتفرغ له آجره من المتفرغ صح الإيجار ولزمت الأجرة (البهجة).

المسألة الثانية - الإستئجار بعد التخلية والتسليم في لزوم الأجرة شرط. فعليه إذا وقع الإستئجار قبل الإخلاء وإذا لم يقع استئجار مطلقاً فلا تلزم أجرة.

مثلاً لو أقرض متول نقوداً موقوفة مبلغاً منها لآخر وباع هذا منه في مقابل ذلك داراً مملوكة له بيعاً على وجه الإستغلال وأخلاها له وسلمها إليه لكن لم يؤجره إياها فليس له أخذ شيء منه على سبيل الأجرة كما لو آجره إياها قبل الإخلاء والتسليم فليس له أجرة (علي أفندي، والبهجة) ما لم يكن الدين مال وقف أو مال يتيم وسيبين هذا في المسألة الرابعة من هذه المادة.

المسألة الثالثة - يكون البيع بالإستغلال ضمن البيع بالوفاء على الوجه المشروح ولا يكون ضمن الرهن من الراهن أي أنه لو آجر المرتهن الرهن من الراهن فلا يصح إيجاره ولا تلزم المستأجر أجرة وهذا لا يكون من قبيل (البيع بالإستغلال) لأن المرهون بما أنه مال الراهن ذاتاً ورقبة فليس جائزاً أن يستعمل الإنسان ماله في مقابل أجرة.

مثلاً لو رهن المدين عند دائنه داراً له وبعد أن سلمه إياها استأجرها منه لمدة سنة على أن يسلمها إليه بعد ذلك فليس للمرتهن أخذ الأجر المسمى من الراهن.

المسألة الرابعة – إذا سكن المستأجر في المأجور الذي بيع بيعاً وفائياً مدة بعد انقضاء مدة الإجارة فإذا كان الدين مالاً ليتيم أو مالاً لوقف لزمت أجرة المثل ولو لم يجدد العقد. أما إذا لم يكن مالاً ليتيم أو لوقف فلا تلزم أجرة المثل لتلك المدة (علي أفندي).

مثلاً لو أقرض شخص من آخر مبلغاً من مال ليتيم أو باع داراً لوصي اليتيم على وجه الإستغلال وأخلاها له وسلمها إليه وبعد ذلك استأجرها لسنة بكذا قرشاً واستلمها منه ثم انقضت مدة الإجارة وبقي ساكناً فيها عدة سنوات أخرى ولم يجدد العقد فللوصي أخذ أجرة المثل عن هذه السنوات التي لم يجدد فيها العقد.

المسألة الخامسة – يلزم البائع أجر المثل في بيع الإستغلال إذا كان الدين مالاً ليتيم أو لوقف وإن سكن البائع المبيع قبل الإخلاء والتسليم.

مثلاً لو باع شخص من متولٍ لوقف،داراً له بيعاً على وجه الإستغلال في مقابل نقود موقوفة استقرضها منه ولكن قبل الإخلاء والتسليم إذا استأجرها بكذا مبلغاً وبقي ساكناً فيها فعليه أن يدفع أجر المثل أمّا إذا استأجرها بعد الإخلاء والتسليم لزمه الأجر المسمى. وإذا لم يكن الدين مالاً لوقف أو مالاً ليتيم لا يلزمه أجر المثل لأنه لم يكن ساكناً على وجه الإجارة. فعليه لو باع شخص داره من آخر في مقابل دين عليه بيعاً وفائياً واستأجرها وسكنها وادعى بما أنني قد استأجرتها قبل الإخلاء والتسليم فالأجرة التي أديتها محسوبة من الدين وادعى المؤجر دافعاً دعوى المستأجر بقوله إنه آجره إياها بعد الإخلاء والتسليم وحتى انك أقررت بذلك فإذا أثبت الآجر دفعه هذا كان مسموعا. (النتيجة وعلي أفندي والفيضية والبهجة).

وإذا ادعى قائلاً قد أقررت على الوجه المذكور وحررت على نفسك حجة بذلك وأبرز حجة مطابقة لتقريره المذكور فليس للطرف الآخر المقر بذلك أن يدعي أنه كان كاذباً في إقراره المذكور وأن يطلب من المدعي حصول التسليم والقبض «البهجة».يظهر أن هذه المسألة مبنية على قول الطرفين الا أن القول الذي قيل في المادة «١٥٨٩» من المجلة يوجب تحليف اليمين على عدم الكذب. أنظر شرح المادة المذكورة «الشارح».

المسألة السادسة – وإذا استأجر البائع المال الذي باعه من آخر بيع استغلال من المشتري بعد التخلية والتسليم وتلف في يده سقط الدين بمقتضى المواد «٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١». مثلاً لو باع أحد بطريق الإستغلال منزله الملك المبني على أرض موقوفة والذي قيمته خمسون جنيهاً أيضاً وبعد الإخلاء والتسليم إستأجره بكذا غرشاً لسنة وقبض فحرق المنزل كله سقط الدين كله «البهجة» وهذا حكم خاص بالملك.

الفصل الثاني

في إجارة العروض

﴿المادة ٥٣٤﴾ يجوز إجارة الألبسة والأسلحة والخيام وأمثالها من المنقولات إلى مدة معلومة في مقابل بدل معلوم.

أي أنه يجوز إجارة الثياب والأسلحة والخيام والبرذعة والرحل واللبب والقدر لأجل الطبخ وما إليها من المنقولات إلى مدة معلومة في مقابل بدل معلوم لأن هذه الأشياء فضلاً عن أن لها منافع معلومة فقد اعتيد إيجارها (أنظر شرح المادة ٤٠٥).

مثلاً لو أجر شخص من آخر مرجلاً مملوكاً له بكذا قرشاً لمدة سنة واستلمه الشخص واستعمله تلك المدة لزمه الأجر المسمى.

لكن إذا لم يبين في إيجار الثياب الشخص الذي يراد إلباسه إياها أو إذا لم يحصل الخيار للمستأجر في إلباسها لمن شاء على وجه التعميم كانت الإجارة فاسدة.

ولكن فإن لبس الثوب وطبخ في القدر فمضت المدة فللآجر ما سمى استحساناً ولو فسخ القاضي الإجارة لأجل الفساد ثم لبس لا يجب شيء (الهندية، البزازية، الدرر).

وإذا استأجر أحد فسطاطاً أو أسلحة من آخر وضربه حسب المعتاد واحترق من الشمس أو خرب من الثلج والأمطار أو صار فيه خروق من دون عنف فلا يلزمه ضمان وكذلك في الأسلحة إذا خربت وهو يستعملها كالعادة في درء الأعداء فلا يلزمه ضمان ما تلف منهاوقد جاء في«الهندية» في الباب العشرين (لو استأجر فسطاطاً يخرج به إلى مكة ليستظل به فإنه يجوز وله أن يستظل به لنفسه ولغيره لعدم تفاوت الناس فيه.وإن أسرج في الخيمة أو في الفسطاط أو القبة أو علق به قنديلاً فتلف فلا ضمان عليه.وإن اتخذ فيه مطبخاً فهو ضامن لأنه صنع ما لا يصنع الناس عادة إلّا أن يكون معداً لذلك العمل وإذا أوقد ناراً في الفسطاط فأفسد الفسطاط أو احترق الفسطاط فلا ضمان.وإن جاوز المتعارف فهو ضامن فبعد ذلك ينظر إن كان أفسده كله بحيث لا ينتفع به ضمن قيمة الكل ولا أجر عليه.وإن فسد بعضه لزمه ضمان النقصان وعليه الأجر كاملاً إذا كان قد انتفع بالباقي.وإن لم يفسد شيء منه وسلم وكان جاوز المعتاد فالمسألة على القياس والإستحسان. القياس أنه لا يجب الأجر وفي الإستحسان يجب وإن شرط رب الفسطاط على المستأجر أن لا يوقد فيه ولا يسرج فيه

ففعل فهو ضامن وعليه الأجر كاملاً إذا سلم الفسطاط وإذا انقطعت أطناب الفسطاط وكسر عموده وأصبح بحالة لا يمكن المستأجر استعماله فلا تلزمه أجرة في مثل هذه الحال (أنظر المادة ٥١٨) أما إذا انكسرت الأوتاد فلا عبرة لأن الأوتاد تكون من المستأجر عادة إلاَّ إذا كانت حديداً فهي كالعمود ولو أخرجها من نفسه ولم ينصبها مع الإمكان يجب الأجر من المحل.

وإذا اختلف المؤجر أو المستأجر في مقدار المدة التي انقطع فيها الإنتفاع من المأجور فقال المستأجر إنها عشرة أيام وقال المؤجر إنها خمسة أيام فالقول للمؤجر. أما إذا أنكر المؤجر إنقطاع الإنتفاع بالكلية فيحكم الحال الحاضر. أنظر المادة (١٧٧٦) فإن كان المستأجر اتخذ أطناباً أو عموداً من عند نفسه ونصبه حتى رجع فعليه الأجر من المحل المزبور.

ووصف المدة هنا «المعلومة» مبني على المواد (٤٥١ و٤٥٢). ووصف البدل بالمعلوم مبني على المادة (٤٥٠) فلم نر لزوماً لذكر ذلك هنا على حدة كما لم نر لزوماً لذكر العقار والدواب على حدة.

لو استأجر أحد برذعة للركوب مدة شهر فليس له أن يعطيها لغيره. أنظر المادة (٤٢٧) وإذا فعل وتلفت ضمن ولا تلزمه أجرة. (أنظر المادة (٨٦) الهندية).

أما إذا استأجر أحد رحلاً لنقل حنطة فله أن ينقل عليه حنطة غيره والحكم في الجولق على هذا المنوال أيضاً. (أنظر المادة (٤٢٦) (الهندية في الباب التاسع والعشرين)).

﴿المادة ٥٣٥﴾ لو استأجر أحد ثياباً على أن يذهب بها إلى محل ثم لم يذهب ولبسها في بيته أو لم يلبسها يلزمه إعطاء أجرتها.

أي أنه لو استأجر أحد ثياباً على أن يذهب بها إلى محل ثم لم يذهب ولبسها في بيته أو لم يلبسها وتلفت فلا يلزمه ضمان ويلزمه إعطاء أجرتها إذا لم تتلف والأجرة في مقابل اللبس وليس في مقابل الذهاب أنظر المادة (٤٧٠) الهندية.

وإذا كان المأجور دابة فلا تلزمه أجرة على قول وسيأتي ذكر ذلك في شرح المادة (٥٤٦) ومن استأجر ثياباً على أن يلبسها فله أن يلبسها حسب العادة ولا يسأل عنها إذا فسدت بسبب ذلك. كذا لو استأجر أحد ثياباً ليلبسها على أن يؤدي في الشهر كذا غرشاً أجرة وحفظها في بيته ثم تبين أنها ملبوسة وبالية فيلزم الأجر المسمى للمدة التي مضت قبل معرفته ذلك أما أجرة المدة بعد ذلك فتسقط (البحر).

وحكمة ذلك كونها تعد بعد ذلك معدومة وكيف يصح عد المعدوم موجوداً. كذلك لو استأجر أحد ثوباً ليلبسه خارج المدينة ولبسه داخلها لزمه أداء الأجرة لأنه خلاف إلى خير (الدر المختار ودر المحتار).

أما إذا استأجر أحد ثوباً ليلبسه في بيته فليس له لبسه في محل آخر فإن فعل وتلف الثوب ضمنه (الهندية).

ولزوم الأجرة في هذه المادة في حال وجود الثوب. أما إذا فقد فلا تلزم المستأجر أجرة. مثلاً لو استأجر ثوباً ليلبسه في هذا اليوم ويذهب به إلى المحل الفلاني وفقد الثوب في ذلك اليوم ثم عثر عليه بعد ذلك فلا تلزم أجرة (أنظر المادة ٤٧٠) وعلى ذلك فلو اختلف الطرفان في ضياع الوقت فقال المالك أنه لم يفقد في ذلك اليوم وقال المستأجر أنه فقد فيحكم الحال الحاضر. فإذا كان الثوب في وقت الخصومة في يد المستأجر فالقول مع اليمين للمالك وإذا لم يكن في يده فالقول للمستأجر (أنظر المادة ٥) شرحاً ومتناً) وهذا إذا ضاع ثم وجد.

كذلك القول للمستأجر إذا لم يوجد الثوب بتاتاً (الهندية في الباب العشرين).

﴿المادة ٥٣٦﴾ من استأجر ثياباً على أن يلبسها بنفسه فليس له أن يلبسها غيره.

ليس لأحد استأجر ثياباً ليلبسها غيره بإعارة أو إجارة أو غير ذلك لأن التقييد هنا مفيد إذ أن الناس تتفاوت في لبس الثياب فليس لبس الرجل الذي يجلس إلى مكتبة طول النهار كلبس الجزار وهذه المادة فرع للمادة ٤٢٧.

في استئجار الثياب ثلاثة احتمالات:

الأول: عدم تعيين اللابس أي السكوت عن ذكره. كقولك استأجرت هذا الثوب بكذا غرشاً.

الثاني: تعيين اللابس.

الثالث: التعميم في اللابس.

فالإجارة في الصورة الأولى فاسدة أما في الصورتين الأخريين فصحيحة.

تذكر هنا الصورة الثانية والصورة الثالثة يصير بيانها في الشرح أيضاً.

ولا تجوز الإجارة إذا لم يعين اللابس وتكون الجهالة كالإطلاق بين شخصين أو جنسين للركوب وبذلك يكون المعقود عليه مجهولاً. وإذا حصل التعميم صح الإيجار. لأن اللبس لأي كان في صورة التعميم يكون داخلاً في ضمن ما رضي به المالك وبذلك يكون المعقود عليه معلوماً (رد المحتار، الطوري).

لو استأجر المستأجر ثياباً على الوجه الوارد في المجلة وألبسها خادمه أو إلى أي إنسان أجنبي آخر ضمنها إذا تلفت أو ضمن نقصان قيمتها إذا طرأ عليها ما يوجب نقصان قيمتها. لأن ذلك تعد منه واغتصاب (البزازية) ولا تلزمه أجرة إذا لم تتلف (رد المحتار).

قيل في المجلة (فليس له أن يلبسها غيره) لأنه إذا لبس خادم المستأجر الثوب بدون علمه وتلف فلا يلزمه ضمان بل يلزم الخادم كذلك لو استأجر أحد ثوباً ليلبسه إنساناً فليس له أن يلبسه غيره وإن فعل لزم الضمان وفي هذا الحال لا تلزمه أجرة (أنظر المادة ٨٦) أما إذا استأجرها على أن يلبسها من شاء فله أن يلبسها هو أو يلبسها غيره (أنظر المادة ٦٤ متنها وشرحها) ومن لبسها تعين به المراد فليس له بعد ذلك أن يلبسها غيره. (أنظر المادة ٥٥٢) (الهندية، والدرر ورد المحتار).

كذلك لو استأجرت إمرأة ثوباً وكان صحيحاً بمقتضى المادة الآنفة لها أن تلبسه من الصباح إلى الغروب إذا كان من أثواب التبذل كما أن لها أن تنام وهي لابسة إياه وتلبسه ليلاً كما تلبسه نهاراً. أما إذا كان الثوب مما يلبس للزينة في الأعراس مثلاً كثياب العرائس فليس لها أن تلبسه إلاّ في أوقات الزينة ليلاً ونهاراً إلى أن تنام وليس لها أن تلبسه في منتصف الليل بعد ذلك.كما أنه ليس لها أن تنام في النهار وهي لا بسة الثوب وليس لها أن تزاول أي عمل من أعمال البيت كالغسل والطبخ وهي تلبسه.والحاصل يجب أن تعنى به عناية تحفظه من البلاء وعلى ذلك فلو لبسته طول الليل وأصبح بالياً فيلزمها ضمان.والذي يلبسه في حال بلائه عد غاصباً فلا تلزمه أجرة وإذا لم يبل في ذلك الليل وانخرق صباحاً فلا يلزم ضمانه أيضاً. أما إذا بلي الثوب بلبسه في النهار كالعادة فلا يلزمه ضمان. أنظر شرح المادة الآنفة. وإذا بلي الثوب بالنوم فيه نهاراً لزم الضمان (الهندية في الباب العشرين).

﴿المادة ٥٣٧﴾ الحلي كاللباس.

أحكام إستئجار الحلي واستعمالها كأحكام اللباس المار الذكر. وهي:

أولاً - يصح استئجار الألماس واللؤلؤ لاستعماله. مثلاً لو استأجرت امرأة حلياً لتتزين به فليس لها أن تزين غيرها به،وإن فعلت ضمنت لأن استعمال الحلي يختلف باختلاف المستعملين وعلى ذلك فالتقييد في هذا مفيد ومعتبر (البزازية والهندية في الباب العشرين).

ثانياً - إذا استأجر أحد حلياً للذهاب به إلى محل معلوم لزمته أجرته إن تزين به في البيت فقط أو لم يتزين به مطلقاً.

ثالثاً - إذا استأجر أحد حلياً ليستعمله هو فليس له أن يبيح استعماله لغيره وإن فعل وتلف أو طرأ على قيمته نقصان كان ضامناً.

رابعاً - إذا استأجر حلياً على أن يضعه لمن شاء فله إذا شاء أن يضعه هو أو يضعه لغيره ومن تزين به تعين به المقصود فليس له بعد ذلك أن يضعه لغيره.

الفصل الثالث

في إجارة الدواب

﴿المادة ٥٣٨﴾ كما يصح استكراء دابة معينة كذلك يصح الإشتراط على المكاري الإيصال إلى محل معين.

يصح استكراء دابة معينة للتحميل أو للركوب ويلزم تسليم الدابه بعينها إلى المستأجر ولا يجوز تسليمه غيرها ولو سلمت غير الدابة المعقود عليها إلى المستأجر فلا تلزمه أجرة كذلك يصح الإشتراط على المكاري الإيصال إلى محل معين.

وتتفرع الصورة الأولى عن المادة (٥٣٩) والصورة الثانية تتفرع عن المادة(٥٤٠) (عبد الحليم ورد المحتار والهندية).

وقد مر هنا كلمة (الإيصال) ولا فرق بين اشتراط إيصال المستأجر أو إيصال الحمل وليس القصد في مسألة المقاولة على الإيصال المار ذكرها عدم تعيين الدابة المراد الإيصال عليها إذ أن استئجار دابة غير معينة ليس بجائز لأن المعقود عليه في ذلك يكون مجهولاً (الهندية في الباب السادس والعشرين).

وليس للآجر تحميل الدابة المستأجرة أمتعته مع أمتعة المستأجر ولكن إذا حملها وبلغ المكان المقصود فليس للمستأجر تنقيص شيء من أجرته (الأنقروي ورد المحتار) أي أن هذا لا يقبل القياس على المادة(٥٨٥).

والمعقود في استئجار الدابة للركوب أو تحميل المتاع مثلاً في نظر الشرع والعقلاء هي المنفعة كما هو مذكور في الشرح(أنظر شرح المادة (٤٥٥) (الأنقروي ورد المحتار)).

﴿المادة ٥٣٩﴾ لو استأجر دابة معينة إلى محل معين وتعبت في الطريق فالمستأجر يكون مخيراً أن شاء انتظرها حتى تستريح وإن شاء نقض الإجارة وبهذه الحال يلزم المستأجر أن يعطي حصة ما أصاب تلك المسافة من الأجر المسمى للآجر.

أي أنه لو استؤجرت دابة معينة إلى محل معين وتلفت في الطريق أو قبل الخروج إلى السفر

فسخت الإجارة (الهندية في الباب التاسع عشر)(أنظر المادة (٤٤٣))وإذا تعبت وكلت فللمستأجر بمقتضى المادة (٥١٦) الخيار إن شاء انتظر الدابة إلى أن تستريح وتستطيع أن تحمل ما استؤجرت لأجله وإن شاء نقض .الإجارة وسلم الدابة لصاحبها إن كان معه وليس له أن يطلب منه دابة أخرى. لأن عقد الإجارة واقع على دابة معينة وغيرها لم تكن معقوداً عليها. وإذا لم يكن صاحب الدابة معه وترك الدابة حيث تعبت فتلفت فلا يلزمه ضمان. إذا كانت لا تستطيع المشي والحركة بالكليه (الأنقروي والهندية) لأن منه ضرورة وعذراً. لأن من شأن الدابة أن تمشي ما بقي فيها رمق من الحياة فإذا عجزت عن المشي تموت في مقامها. (جواهر الفتاوى، نقول البهجة).

«وإذا كانت الدابة في إمكانها المشي نوعاً ما إلى أقرب مكان مسكون وتركها ضمن قيمتها في المكان الذي تركها فيه (البهجة) وإن باعها وأخذ ثمنها ينظر فإذا لم تكن مراجعة الحاكم وأخذ الاذن في بيعها ممكنة فلا ضمان عليه وإذا كانت ممكنة ضمن (التنقيح) وقد ذكر ذلك في التنقيح والحامديه على الوجه الآتي «وإن باعها وأخذ ثمنها إن كان في موضع لا يصل إلى الحاكم حتى يأمره ببيعها فلا ضمان عليه لا في الدابة ولا في ثمنها وإن كان في موضع يقدر على ذلك أو يستطيع ردها إلى صاحبها فهو ضامن للقيمة.

وفي هذه الحال أي إذا تعبت الدابة أثناء الطريق أو هلكت فللمستأجر نقض الإجارة ولكن عليه من الجهة الأخرى أداء نصيب المسافة التي قطعها بالدابة من الأجر المسمى . ينظر في تقسيم البدل إلى وعورة الطريق وسهولتها فضلاً عن المسافة والإمتداد أي أنه لو تعبت الدابة في منتصف الطريق مثلاً فلا يلزم نصف البدل المسمى بل ينظر إلى وعورة النصف الذي قطع وسهولته بالنسبة الى النصف الباقي وعلى هذه النسبة يقسم البدل. لأن رب فرسخ كراؤه خمسة قروش ورب فرسخ كراؤه عشرة قروش «الهندية في الباب التاسع والعشرين».

وإذ لم يفسخ المستأجر الإجارة في مثل هذه الحال وساق الدابة أمامه دون أن يركبها لزمه الأجر المسمى كله. ما لم يكن ذلك لعدم احتمالها الركوب مطلقاً ولسوقها إلى صاحبها وإيصالها إليه. كذلك لو استأجر أحد دابة لتحمل متاعاً معلوماً ومرضت فحملها شيئاً دونه فعليه أداء الأجرة تماماً «الدر المختار» .

وبما أن الدابة في استكرائها على الوجه المحرر في هذه المادة تتعين في العقد.فإذا استأجر أحد دابة على هذا الوجه لإيصاله حملاً إلى مكان معلوم فأوصله المكاري على دابة أخرى كان متبرعاً وليس له أخذ الأجرة (الهندية في الباب السادس والعشرين) ولكن ليس من اللياقة عدم تأديتها.

لكن إذا استأجر أحد دابة معينة لنقل حمل إلى المكان الفلاني ومرضت أثناء الطريق فحمل المكاري الحمل على دابة دونها وأوصله إلى المكان المقصود فليس للمستأجر أن يمسك شيئاً من الأجرة بداعي نقصان أجرة هذه عن أجرة الدابة التي استأجرها لأنه رضي بها حين التحميل «رد المحتار».

ليس على المكاري الذهاب مع الدابة أو أن يرسل رجلاً آخر بدلاً عنه وتلزم الأجرة بتسليم الدابة المأجورة إلى المستأجر فقط (الهندية ورد المحتار).

﴿المادة ٥٤٠﴾ لو اشترط إيصال حمل معين إلى محل معين وتعبت الدابة في الطريق فالمكاري مجبور على تحميله على دابة أخرى وإيصاله إلى ذلك المحل.

لو اشترط على مكاري إيصال حمل معين إلى محل معين أو استكريت منه دابة غير معينة حسب الفقرة الثالثة من المادة الآتية لإيصاله وتعبت الدابة في الطريق أو هلكت قبل الخروج إلى المكان المقصود فلا يطرأ خلل ما على الإجارة ويكون المكاري مجبراً على تحميله على دابة أخرى وإيصاله إلى ذلك المحل. لأن المعقود عليه هنا ليس الدابة بل نقل المتاع (أنظر متن المادة «٥٣٨» وشرحها) («الهندية والأنقروي»).

﴿المادة ٥٤١﴾ لا يجوز استئجار دابة من دون تعيين ولكن ان عينت بعد العقد وقبل المستأجر يجوز أيضاً لو استؤجرت دابة من نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين يجوز ويصرف على المتعارف المطلق مثلاً لو استؤجرت دابة من المكاري إلى محل معلوم على ما هو المعتاد يلزم المكاري إيصال المستأجر بدابة إلى ذلك المحل على الوجه المعتاد.

لا يجوز استئجار دابة من دون تعيين أي أنه يكون فاسداً. لأنه بما أن الدواب تختلف منافعها فيكون الجهل بها مؤدياً إلى النزاع (أنظر المادة (٥٣٨) والمادة (٤٥١)) لكن إذا عينت الدابة بعد العقد ورضي المستأجر بالدابة التي صار تعيينها جاز وانقلبت الإجارة إلى الصحة. (أنظر المادة(٢٤)).

وليس قوله (الدابة) قيد أريد به الإحتراز عن غير الدواب إذ لا يجوز استئجار عين ما بدون تعيين ولكن إذا عينت بعد العقد وقبلها المستأجر جاز الاستئجار أيضاً (الهندية في الباب الخامس عشر).

وأيضاً لو استؤجرت دابة من نوع على ما هو المعتاد بلا تعيين أي إذا تعهد المكاري بحمل الحمل جاز وصرف الحمل المعقود عليه على المتعارف المطلق والشيء الذي يتعهد به على الوجه المشروح هو النقل والحمل الخاص.

مثلاً لو استؤجر فرس من المكاري إلى محل معلوم على ما هو المعتاد والمتعارف كانت الإجارة جائزة ويلزم المكاري إيصال المستأجر بفرس إلى ذلك المحل على الوجه المعتاد. (رد المحتار). والفقرة الثانية من هذه المادة ليست شيئاً سوى فقرة (إلى محل معين) الواردة في المادة(٥٣٨) ولا تفيد معنى غير معناها وكان من اللازم عدم ذكرها هنا.

وقد أريد بقيد (على ما هو المعتاد) عدم صحة اشتراط ما يخالف المتعارف المعتاد في هذا الخصوص «البزازية والهندية في الباب السادس والعشرين».

﴿المادة ٥٤٢﴾ لا يكفي في الإجارة تعيين اسم الخطة والمسافة فقط إلا أن يكون اسم الخطة علماً متعارفاً لبلدة مثلاً. لو استؤجرت دابة إلى بوسنة أو إلى العراق لا يصح إذ يلزم تعيين البلدة أو القصبة أو القرية التي يذهب إليها ولكن لفظ الشام مع كونه اسم قطعة قد تعورف اطلاقه على بلدة دمشق فلهذا لو استؤجرت دابة إلى الشام صح.

أي لا يكفي في صحة الإجارة تعيين اسم الخطة والمسافة المشتملة على عدة مدن وقرى فقط ويلزم تعيين المكان المقصود وتخصيصه وما لم يعين ويخصص تكون الإجارة فاسدة إلا أن يكون اسم الخطة علماً متعارفاً لبلدة معينة وحينئذ تصح الإجارة وتصرف الى المكان المعروف بذلك الاسم(أنظر المادة (٤٥)). مثلاً لو استؤجرت دابة إلى بوسنة أو إلى العراق أو إلى اليمن أو بلاد خوارزم أو إلى خراسان وحددت المسافة لا يصح إذ يلزم تعيين البلدة أو القصبة أو القرية التي يراد الذهاب إليها أنظر المادة (٤٥١).

والفقرة الأولى من المثال مثال للفقرة الأولى من هذه المادة والفقرة الثانية منه مثال للفقرة الثانية منها ففي هذه المادة لف ونشر.

ولكن لفظ الشام مع كونه اسم قطعة قد تعورف إطلاقه على بلدة دمشق فلهذا لو استؤجرت دابة إلى الشام صح (الهندية في الباب الخامس عشر).

وعلى ذلك فإذا لم تعين سوى مسافة الخطة في الإجارة فقط فسدت وعلى ذلك يلزم أجر المثل لاقرب محل في تلك الخطة بشرط الا يتجاوز الأجر المسمى لأنه الأصل في هذا بما أنه كل موضع في تلك الخطة يطلق عليه هذا الأسم يلزم أجر المثل لأقرب مكان منها بشرط أن لا يتجاوز الأجر المسمى «البزازية والهندية» وهذه المادة غير المادة الآتية:

﴿المادة ٥٤٣﴾ لو استؤجرت دابة إلى مكان وكان يطلق اسمه على بلدتين فأيتهما قصدت يلزم أجر المثل. مثلاً لو استكريت دابة من اسلامبول إلى جكمجه ولم يصرح هل إلى كبراهما أو إلى صغراهما فأيتهما قصدت يلزم أجر المثل بنسبة مسافتهما.

لو استؤجرت دابة إلى مكان وكان يطلق اسمه على مكانين أو بلدتين أو أكثر ولم يصرح بأحدها ولم يعين فبها أن الإجارة تكون بسبب ذلك فاسدة فأيتهما قصد المستأجر لزمته أجرتها المثلية (أنظر المادتين «٤٥١ و٤٦٢»).

مثلاً لو استأجر أحد دابة من استانبول إلى «جكمجه» بكذا غرشاً وبما أن هذا الاسم يطلق على بلدتين قرب استانبول ولم يعين المستأجر أيتهما أراد الكبرى أم الصغرى والإجارة هذه بمقتضى المواد (٤٥١و ٤٥٣و ٤٦٠) تكون فاسدة فإلى أيتهما ذهب المستأجر لزمته أجرتها المثلية ولا يلزمه الأجر المسمى (البزازية والهندية في الباب السادس والعشرين).

وإذا لم يكن فساد الإجارة ناشئاً عن الجهل ببدل الإجارة كما ورد في المادة(٤٦٢) وكان ناشئاً عن عدم وجود بعض شروط الصحة الأخرى يلزم أجر المثل بشرط الا بتجاوز الأجر المسمى. فعلى ذلك إذا كانت الإجارة فاسدة بمقتضى هذه المادة فإذا ذهب المستأجر إلى «جكمجه الصغرى» لزمه أجر المثل على ألا يتجاوز الأجر المسمى وكذلك الحال فيما لو ذهب إلى «جكمجه الكبرى» أيضاً.

﴿المادة ٥٤٤﴾ لو استكريت دابة إلى بلدة للركوب أو الحمل يلزم استحساناً إركاب المسافر أو تحميل الحمل من داره وإيصاله إلى النزل أو الدار التي يريد النزول فيها في البلد المقصود(الهندية والبزازية).

وإذا ادعى المستأجر انني اخطأت فقلت بدلاً من قولي داري هذه عن دار أخرى فلا يصدق ولا ينظر إلى كلامه وليس على المكاري نقله مرة أخرى إلى داره لأن المرء موآخذ باقراره. كذلك لو استأجر أحد دابة إلى المحل الفلاني ذهاباً وإياباً فعلى المكاري أن يحضر له الدابة إلى باب بيته وقت الركوب وعليه أن يحضرها إلى باب داره في تلك البلدة في وقت الرجوع أيضاً.

مستثنى: لو استأجر أحد دابة من مكانها ليذهب بها إلى محل ويعود فله الرجوع عليها راكباً إلى ذلك المكان الذي أخذها منه وليس له أن يصل بها إلى داره «الهندية في السادس والعشرين».

﴿المادة ٥٤٥﴾ من أستكرى دابة إلى محل معين فليس له تجاوز ذلك المحل بدون إذن المكاري فإذا تجاوز فالدابة في ضمان المستأجر إلى أن يسلمها سالمة وان تلفت في ذهابه وإيابه يلزم الضمان .

أي أنه إذا استكرى أحد دابة سواء استأجرها ليصل بها إلى محل معين فقط أو ليصل إليه ويعود منه فليس له تجاوز ذلك المحل بتلك الدابة بدون إذن المكاري لأن الإجارة قد عقدت على منفعة الذهاب إلى ذلك المحل المعين ليس إلّا. وإذا تجاوز ذلك المحل بتلك الدابة بدون إذن المكاري سواء تجاوزه راكباً الدابة أو غير راكبها عد غاصباً وأصبحت الدابة في ضمانه إلى أن يسلمها سالمة إلى صاحبها وان تلفت لزمه الضمان مع الأجر المسمى ولا تلزمه أجرة للمسافة التي تجاوزها (أنظر متن المادة«٨٦» وشرحها «رد المحتار والهندية»)والرجوع بها سالمة بعد تجاوز المحل المقصود لا ينجي المستأجر من الضمان.

اختلاف للفقهاء : قد قال بعض العلماء بلزوم الضمان على هذا الوجه إذا استؤجرت الدابة للذهاب بها إلى المكان المقصود دون أن تستؤجر للذهاب والإياب معاً.وعلى هذا فسبب الضمان هو إنتهاء عقد الإجارة بالوصول إلى المكان المعين المقصود ولا يكون المستأجر إذا تجاوز المكان المقصود وعاد منه وسلم الدابة إلى نائب الآجر قد ردها إليه. أما إذا استأجر الدابة ذهاباً وإياباً وبعد وصوله إلى المحل الذي استأجر الدابة إليه تجاوزه إلى غيره ثم عاد إليه فهلكت الدابة بعد ذلك فلا ضمان عليه.لأن المستأجر برجوعه إلى ذلك المحل يكون كأنه قد سلم إلى نائب المالك فانه لما كان مودعاً معنىً فهو نائب المالك والرد إلى نائب المالك رد إلى المالك معنىً فيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق (الهداية، العناية).

أما البعض الآخر من العلماء فقد قالوا بالضمان مطلقاً سواء استؤجرت الدابة للذهاب فقط أو استؤجرت للذهاب والإياب معاً.

والفرق أن المودع مأمور بالحفظ مقصوداً فبقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك أي المودع نفسه.وفي الإجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح (الهندية). قوله وفي الإجارة والإعارة يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال يريد به أن المالك ما أمر المستأجر والمستعير بالحفظ قصداً أو نصاً وإنما أمرهما بالإستعمال والإنتفاع، فكان لهما ولاية الحفظ ضرورة الإنتفاع فإذا جاوز الحيرة أي المحل الذي استأجرها إليه صار غاصباً للدابة ودخلت في ضمانه.والغاصب لا يبرأ عن الضمان إلا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك.ولم يوجد فان قيل لا كذلك فإن غاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب يبرأ وإن لم يوجد الرد إلى أحد هذين قلنا نزيد في المأخوذ أو على من يؤخذ منه فسبب الضمان يرتفع بالرد عليه.وقد طعن عيسى رحمه الله تعالى فقال يد المستأجر كيد المالك بدليل أنه يرجع بما لحقه على المالك بخلاف المستعير وبدليل أن مؤونة الرد على المالك في الإجارة دون العارية ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على أن يده ليست بيد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من المنفعة بالنقل فأما يد المستأجر فهي يد نفسه «كفاية».

غير أنه وإن لم يأت في المجلة شيء صريح في اختيارها أحد هذين القولين اللذين مر تفصيلهما إلا أن مجيء هذه المادة بصورة مطلقة يستدل على قبولها القول الثاني.وقد مر بنا أن صاحبي الهداية والدر المختار قد قالا بأصحية القول الثاني.أما إذا لم تهلك الدابة وسلمت إلى صاحبها سالمة فإنما يلزم الأجر المسمى وليس للآجر طلب زيادة الأجرة لأن المستأجر يكون قد استوفى المنفعة المعقود عليها (أنظر المادة (٥٩٦)).

مثلاً لو استأجر أحد دابة ليركبها إلى محل يبعد مسافة ست ساعات فجاوز بها ذلك المحل مقدار ساعتين أي إذا ذهب إلى مكان يبعد ثمان ساعات فلا يلزمه سوى الأجر المسمى **ويعد** غاصباً

في الساعتين الزائدتين (الفيضية، والبزازية). وكذلك لو استأجر أحد دابة ليحملها حنطة من المحل الفلاني وحملها ملحاً بدون اذن صاحبها فتلفت أثناء الطريق كان ضامناً (الهندية في الباب التاسع والعشرين).

﴿المادة ٥٤٦﴾ لو استكريت دابة إلى محل معين فليس للمستأجر أن يذهب بتلك الدابة إلى محل آخر فان ذهب وتلفت الدابة ضمن. مثلاً لو ذهب إلى (اسلمية) بالدابة التي إستكراها على أن يذهب بها إلى تكفور طاغ وعطبت يلزم الضمان.

أي أنه لو استكريت دابة إلى محل معين فالمستأجر مجبر على الذهاب إلى ذلك المحل وكما أنه ليس له أن يمسكها في داره ليس له أن يذهب بها إلى محل آخر،ولو كان ذلك المحل قريباً من المحل الذي وقع عليه العقد (الهندية في الباب التاسع والعشرين) وعلى ذلك فلو ذهب إلى مكان آخر وتلفت الدابة فبما أن ذلك يعد غصباً منه ضمن قيمتها لأنه صار مخالفاً لاختلاف الطرق إلى المكان فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه كما قلنا لأن رب طريق يفسد الدابة السيرفيها يوماً لصعوبتها وطريق لا يفسد الدابة السير فيها شهراً لسهولتها فاختلف جنس المنفعة فاستوفى جنس آخر فلا يجب الأجر (الشلبي، الطوري).

وسواء هلكت الدابة أو لم تهلك فلا تلزم أجرة ما لم تكن الدابة من قبيل ما جاء في المادة (٥٩٦) (أنظر شرح المادة (٨٦) الشبلي).

مثلاً لو استأجر أحد دابة للذهاب إلى تكفور طاغ وذهب إلى اسلمية أو إلى كوجك جكمجه وتلفت الدابة لزم المستأجر الضمان ولا تلزمه أجرة لأن ذلك من قبيل غصب المنافع.

كذلك لو استأجر أحد دابة ليذهب بها إلى مكان مجاور للمدينة ولم يذهب إلى ذلك المحل بل ذهب إلى محل آخر داخل المدينة وهلكت الدابة لزمه الضمان (البزازية والهندية).

وإذا استأجر أحد دابة إلى محل ولم يذهب إليه بل أمسك الدابة في بيته على ما مرٌ في الشرح فلا يلزمه أجر.غير أنه إذا تلفت الدابة في بيته لزمه الضمان كما هو ورد في العمادية وإذا استأجر دابة ليركبها عشرة أيام في المدينة ولم يركبها وأمسكها في بيته لزمه أداء أجرة العشرة أيام وليس عليه شيء للأيام الزائدة عن ذلك وذلك نقلاً عن الهندية وقد صرح في المادة (٥٣٥) بلزوم الأجرة في استئجار الثياب ولكن بناء على بيان العمادية يجب أن يكون هناك فرق بين الدواب والثياب في هذا الخصوص (الهندية في الباب التاسع والعشرين، البحر) إذ أن بقاء الدابة في الاصطبل مدة بدون حركة مما يضر بها بخلاف عدم استعمال الثياب فليس مما يضر بالثياب ولكن بما أن بيان الهندية أقرب إلى العدل فالأنسب العمل بموجبه.

وإذا استأجر أحد دابة إلى محل بعشرين قرشاً ليذهب بها إليه اليوم ويعود منه في نفس اليوم فاذا لم يعد في نفس اليوم لزمه نصف الأجر المسمى فقط وبما أنه يعد مخالفاً بعدم مجيئه في اليوم المذكور فلا يلزمه النصف الثاني بمقتضى المادة (٥٩٦) لأنه قد أصبح بذلك غاصباً. «الهندية في الباب السادس والعشرين». وقد جاء في الهندية أنه إذ استأجر أحد دابة ليركبها هذا اليوم إلى مكان داخل المدينةفخرج بها إلى مكان خارج المدينة ونقلت الدابة في نفس اليوم إلى داخل المدينة أصبح بريئاً من الضمان ولكن هذا القول هل هو مبني على ما جاء في شرح المادة (٥٤٥) أم أنه مطلقاً؟فهذا أمر يحتاج إلى التحري والتحقيق.

﴿المادة ٥٤٧﴾ لو استؤجر حيوان إلى محل معين وكانت طرقه متعددة فللمستأجر أن يذهب في أي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس ولو ذهب المستأجر من طريق غير الذي عينه صاحب الدابة وتلفت فان كان ذلك الطريق أصعب من الطريق الذي عينه يلزم الضمان وإن كان مساوياً أو أسهل فلا.

أي أنه لو استؤجر حيوان إلى محل معين وكانت طرقه متعددة ففي ذلك ثلاث صور:

أولاً: ألا يكون صاحبه قد عين الطريق فللمستأجر في هذه الحال أن يسلك أي طريق شاء من الطرق التي يسلكها الناس وعلى ذلك فلو تلف الحيوان بمسيره في إحدى الطرق المذكورة فلا يلزم المستأجر ضمان (أنظر المادة (٩١)) قال في البحر ولكن ليس له أن يذهب إلى محل آخر غير المحل الذي عين وقت العقد كما مر في المادة السالفة.

ثانياً - إذا عين صاحب الدابة طريقاً من الطرق المتعددة التي تؤدي إلى ذلك المحل وسلك المستأجر طريقاً غير الطريق الذي عينه صاحب الدابة وتلفت فان كانت تلك الطرق متفاوتة أي كأن كانت أبعد من الطريق التي عينه صاحب الدابة أو وعر أو أخوف ففي هذه الإحتمالات الثلاثة يكون تعيين الطريق صحيحاً ويكون المستأجر غاصباً بمخالفته ويجب عليه الضمان لأن تعيين الطريق فيها مفيد.

أما إذا لم تتلف الدابة في مثل هذه الحال وبلغت المكان المقصود سالمة فإنما يلزم المستأجر الأجر المسمى فقط (العيني، والبزازية، ورد المحتار).

لأنه لما كان جنس الطرق واحداً فانه يظهر حكم المخالفة بظهور أثر التفاوت بينها ألا وهو هلاك الدابة ومتى سلمت الدابة وسلمت إلى صاحبها لا عيب فيها لم يكن التفاوت بينها حقيقاً بل صورياً فقط فلذلك لزم الأجر المسمى.

سؤال. فإن قلت ما الفرق بين هذا حيث إذا سلم يجب الأجر وبين ما إذا إستأجر دابة لركوب معين فان ركب غيره وسلمت حيث لا أجر عليه:

الجواب - قلت الفرق أنه هنا وافق من وجه لأن المقصود وصول المتاع إلى ذلك المكان وهناك لم يحصل المقصود لأن المقصود ركوب المعين ولم يحصل وقد جاء ذلك في الطوري كما يلي: فإذا خالف حينئذ فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وإن لم يهلك وبلغ فله الأجر إستحساناً لارتفاع الخلاف ولا يلزم إجتماع الضمان والأجرة لأنهما في حالتين ونظيره العبد المحجور عليه إذا آجر نفسه فان تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان وان سلم يجب عليه الأجر.فان قلت ما الفرق بين هذا حيث إذا سلم يجب الأجر وبين ما إذا استأجر دابة لركوب معين فان ركب غيره وسلمت حيث لا أجر عليه قلت الفرق. انه هنا وافق من وجه لأن المقصود وصول المتاع إلى ذلك المكان وهناك لم يحصل المقصود ركوب المعين ولم يحصل.

ثالثاً - كون الطريق الذي سلكه المستأجر مساوياً أو أسهل من الطريق الذي عينه صاحب الدابة فبما أن التعيين هنا لم يكن مقيداً فليس بصحيح ولا يلزم المستأجر ضمان فيما إذا تلفت الدابة (الهندية).

وليس قوله هنا الدابة احتراز عن غير الدواب فلو استأجر أحد حمالاً لنقل أمتعته إلى مكان وكان لهذا المحل عدة طرق تؤدي إليه فللحمال أن يسلك أي الطرق التي يسلكها الناس عادة وليس عليه ضمان إذا تلف الحمل أما إذا عين له صاحب الحمل طريقاً من هاته الطرق المتعددة فيلزم عليه أن يسلكها وان سلك غيرها فهو ضامن إذا تلف وكان الطريق الذي سلكه أبعد أو أصعب أو اخوف من الطريق الذي عينه صاحب المال أما إذا كان مساوياً له أو أهون منه فلا يضمنه أما إذا لم يتلف الحمل وسلمه وأوصله الحمال إلى المكان المعين سالماً فله الأجر المسمى على كل حال (رد المحتار، عبد الحليم).

﴿المادة ٥٤٨﴾ ليس للمستأجر استعمال دابة أزيد من المدة التي عينها وان استعملها وتلفت في يده يضمن.

ليس للمستأجر استعمال المأجور مدة أزيد من مدة الإجارة لأن ثبوت حق استعمال المأجور إنما هو بسبب عقد الإجارة ومتى انقضت مدة الإجارة كان ذلك آخر العهد بتخويل هذا والاستعمال الذي يقع بعدئذ يكون بلا اذن.

وإليك فيما يلي بعض ما يتفرع عن ذلك من المسائل:

أولاً:ليس للمستأجر الذي استأجر دابة لمدة أن يستعملها مدة أزيد من تلك لأن الإجارة تنقضي بانقضائها.

حتى أنه لو استأجر أحد دابة ليذهب بها من هنا اليوم إلى إحدى القرى ويعود منها في اليوم نفسه فذهب بها إلى القرية المذكورة في هذا اليوم وعاد منها في صباح اليوم الثاني فلا يلزمه بمقتضى

حكم الإجارة غير نصف الاجرة كما مر بيانه في شرح المادة (٦٥٤) وإذا استعملها زيادة عن تلك المدة وهلكت الدابة في يده ضمنها لأن ذلك منه غصب ولا تلزمه أجرة للمدة التي إستعمل فيها المأجور زيادة عن مدة الإجارة.على كل حال سواء أتلف المأجور أو لم يتلف فعدم لزوم الأجرة في حال التلف لكون الأجرة والضمان لا يجتمعان وعدم لزومها في حال عدم التلف لكون المنافع لا تضمن (أنظر المادة «٨٦») وذلك ما لم تكن الدابة المأجورة من قبيل ما جاء في المادة (٥٩٦) (الأنقروي بزيادة).

وهذه المادة فرع للمادتين (٥٩١ و٥٩٢).

ثانياً:إذا استأجر ثوراً لفلح ثمانية دونمات من مزرعة في اليوم وفلح عليه اثني عشر دونماً وهلك الثور لزمته جميع قيمته ولا يلزمه شيء من أجرته (البزازية).

ثالثاً: إذا استأجر أحد ثوراً لطحن عشر كيلات حنطة فطحن عليه إحدى عشرة كيلة فتلف الثور عند ختام الكيلة العاشرة وهو يطحن الحادية عشرة ضمن كل قيمته: لأن الطحن يكون شيئاً فشيئاً فلما طحن عشرة إنتهى العقد فبعد ذلك هو في طحن الحادية عشرة مخالف من كل وجه فيضمن جميع قيمته.

ولا فرق بين هذه المسألة ومسألة مخالفة القدر المذكورة في شرح المادة (٥٥٩) لأن لما كان الحمل يقع دفعة واحدة وبعض الحمل قد أذن بحمله فليس عليه فيما هو مأذون به أما الذي لم يؤذن بحمله فيضمنه (الهندية في الباب التاسع والعشرين).

﴿المادة ٥٤٩﴾ كما يصح استكراء دابة على أن يركبها فلان كذلك يصح استكراء دابة على أن يركبها المستأجر من شاء على التعميم أيضاً.

أي أنه كما يصح استكراء دابة على أن يركبها فلان بالتخصيص على هذه الصورة كذلك يصح استكراء دابة على أن يركبها المستأجر من شاء على التعميم أيضاً.(أنظر المادة ٤٥٣).

وفيما يلي إيضاح لهذه المادة:

لاستئجار الدابة أربع صور:

(١) أن يستأجر دابة بدون بيان كونها لأي استؤجرت.
(٢) أو يبين أنها للركوب مطلقاً.
(٣) أن يبين أنها لركوب فلان.
(٤) إن يبين أن له الخيار في إركابها من شاء على وجه التعميم.فالإجارة في الصورة الأولى والثانية فاسدة لأن الركوب مختلف اختلافاً فاحشاً (الطوري) فصار الركوبان من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولاً فلا يصح العقد (شلبي) كما تبين ذلك في المادة (٥٥٣).

وهي في الصورة الثالثة والرابعة صحيحة والغرض من هذه المادة بيان جواز هاتين الصورتين. فإذا قال تركب من شئت صح العقد وإن لم يسم شخصاً بعينه لأننا إنما منعنا من صحته لما لحق المالك الضرر الذي يحصل في بعض الركوب فإذا رضي به صار المعقود عليه معلوماً فجاز كما في الأرض إذا قال على أن يزرع فيها ما شاء ثم إذا فسدت الإجارة في إطلاق الركوب واستعملها قبل الفسخ تعين أول راكب وكذا في الثوب ونحوه(الشلبي). أما حكم الصورة الثالثة فقد ورد في المادة«٥٥١» والصورة الرابعة في المادة «٥٥٢» الهندية ورد المحتار» وقد جاء جمع بيان الجواز وبيان الحكم في مادة واحدة مناسباً.

﴿المادة ٥٥٠﴾ الدابة التي استكريت للركوب لا تحمل وان حملت وتلفت يلزم الضمان وبهذه الحال لا تلزم الأجرة(أنظر المادة ٨٦).

لا يجوز تحميل الدابة التي استكريت للركوب ولا يختلف هذا الحكم سواء أكان الحمل بثقل الراكب أو أزيد أو أقل وحتى لو حمل عليها صبياً صغيراً فعطبت الدابة كان المستأجر ضامناً قيمتها كما لو حمل مكان الصبي حملاً آخر «الخانية».

فعليه لو استأجر أحد دابة ليركبها الى «كوجك جكمجه» فليس له أن يحملها حملاً إلى ذلك المكان وإذا حملها وعطبت لزمه الضمان لأن ذلك في حكم الغصب. ولكن في مثل هذه الحال أي إذا حملت الدابة التي استكريت للركوب. لا تلزم المستأجر الأجرة سواء اعطبت الدابة أو لم تعطب («أنظر المادة ٨٥» والمادة «٥٩٦»).

أما الدابة التي تستكرى للحمل فيمكن ركوبها كما بين ذلك في المادة «٥٥٨» ومتى استعملت الدابة للركوب بناء على هذا الجواز فلا يجوز تحميلها بعد ذلك «البزازية، والأنقروي».

وهذه المادة فرع للمادة «٤٢٦».

لاستعمال الدابة التي تستكرى للركوب ثلاث صور:

١- للركوب وهذا جائز.

٢- للتحميل.

٣- الجمع بين الركوب والتحميل.

أما الثاني فغير جائز وهذه المادة موضوعة لبيانه. أما الثالث فممنوع وسيصير بيانه في المادة الآتية. إذا استكرى أحد دابة يوماً واحداً لينقل عليها من محل حنطة إلى داره فله أن يركب الدابة من داره إلى ذلك المحل في كل مرة ليعود بها إليه ليحملها إذا كان ذلك معتاداً وليس عليه ضمان فيها لو تلفت الدابة في مثل هذه الحال. (أنظر المادة ٩١) أما إذا لم يكن معتاداً فليس له ذلك وحينئذ إذا ركبها وتلفت ضمن (أنظر المادة ٣٦) (الهندية في الباب التاسع والعشرين، والبزازية، ورد المحتار).

﴿المادة ٥٥١﴾ الدابة التي استكريت على أن يركبها فلان لا يصح إركابها غيره وإن صار إركابها وتلفت يلزم الضمان.

أي أنه إذا استكريت دابة على أن يركبها فلان حسب ما جاء في المادة(٥٤٩) لا يصح:

(١) إركابها غيره (٢) إعارتها لآخر (٣) إيداعها عند آخر (٤) إرداف آخر.

مثال للإركاب: إذا استأجر أحد دابة ليركبها هو فليس له أن يركبها آخر ولو كان ولداً صغيراً أخف منه (الهندية). لأن الناس يتفاوتون في الركوب فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل (الهداية).

كذلك لو استأجر دابة على أن يركبها فلاناً فليس له أن يركبها غيره. (أنظر المادة ٤٢٧) أما لو استأجر أحد دابة ليحملها حملاً له فله أن يحملها حملاً آخر من جنسه كما مر بيانه في شرح المادة(٤٢٦) .

وعليه فلو أركبها غيره أو أعارها لآخر أو أودعها عنده وتلفت ضمن. لأن هذا التقيد مفيد للمؤجر لتفاوت الناس في الركوب أي في العلم بالركوب فرب خفيف يكون ركوبه أضر على الدابة لجهله ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه فيعتبر فإذا خالف صار متعدياً فيضمن (الزيلعي، والشلبي).

حتى أنه لو استأجر أحد دابة ليركبها هو وبعد أن أركبها غيره أنزله عنها وركبها فلا يخلص من الضمان (الهندية) وفي هذه الحال يعد غاصباً ومتعدياً ولا يخلص من حكم الغصب إلا برد الدابة إلى صاحبها سالمة. والخلاصة أنه إذا أركب شخصاً الدابة التي استأجرها ليركبها هو أو شخص معين غيره كان ذلك منه في حكم الغصب وعليه يلزمه الضمان بمقتضى المادة (٨٩١)فيما لو تلفت. ولكن لا تلزمه الأجرة في مثل هذه الحال سواء أعطبت الدابة أم لا (أنظر المادة (٨٦)) ما لم تكن الدابة من قبيل ما جاء في المادة (٥٩٦) (عبد الحليم ورد المحتار، والزيلعي، والشلبي).

وفي الحانوت ليس له أن يقعد فيه القصار والحداد والطحان ولو اقعده صار مخالفا ويضمن قيمتها إذا عطبت وان سلم عليه الأجرة لأنه لما سلمت تبين أنه لم يخالف وأنه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة والثوب (شلبي).

مثال للإيداع: إذا استكرى أحد دابة ليركبها هو وسلمها لأجيره للمحافظة عليها فعطبت في يده لزمه الضمان (الهندية في الباب التاسع والعشرين).

كذلك لو استأجر أحد دابة لنفسه فأركبها آخر وجعل نفسه رديفاً أي ركب خلفه على الدابة ضمن جميع قيمتها على قول سواء أكانت الدابة تطيق حمل الاثنين معاً أو لم تكن لأن المستأجر أصبح غاصباً برفع يده عن الدابة وجعله إياها في يد غيره ويضمن النصف فقط على قول آخر (رد

المحتار) وقال الحدادي لو جعل المستأجر نفسه رديفاً وغيره أصلاً فالحكم واحد يعني ضمن النصف كما في المسائل الآتية (الطوري بتغيير ما).

توضيح للإرداف: إذا استأجر أحد دابة لركوبه وركبها وأردف آخر خلفه فقويت الدابة على حملها ولم تصب باذى فلا يلزمه سوى الأجر المسمى وليس عليه زيادة الأجرة في مقابل اردافه ذلك الشخص، لكن إذا عطبت الدابة بسبب ذلك الارداف ينظر: فإذا كان ذلك الشخص رجلاً أو كان صبياً يمكنه أن يستمسك على ظهر الدابة ويسوقها بنفسه لزم ذلك الشخص الضمان سواء أردفه كل المدة أو بعضها «الطواري». وهنا لا ينظر إلى ثقل المستأجر ورديفه وإنما ينظر إلى أن ركوب أحدهما قد اذن فيه وركوب الآخر لم يؤذن فيه وبذلك يلزم ضمان نصف قيمة الدابة فقط، ولا يعتبر في هذا الثقل والخفة إذ رب خفيف في الوزن ثقيل على ظهر الدابة وثقيل في الوزن خفيف عليها كما قلنا في إحدى المواد السابقة. وبما أن الآدمي غير موزون فلا تمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد «الطوري»

حتى أنه إذا جرح رجل جراحة واحدة والآخر عشر جراحات خطأ فمات فالدية بينهما إنصافاً لأنه ربما تكون جراحة واحدة أكثر تأثيراً من عشر جراحات فلذلك سقط اعتبار الثقل لما ذكر واعتبر عدد الراكب كفاية.

سؤآل: فان قيل ينبغي أن يضمن كل القيمة لأنه كما لو استأجرها ليركبها بنفسه وفي مثله لو أركب غيره عليه ضمان كل القيمة وههنا وجد اركاب الغير مع ركوب نفسه.

فركوبه بنفسه ان لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الاركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان نفسه وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الأجر لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان وهنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الأجر.

الجواب- قلنا إنما ينتفي الأجر عند وجود الضمان إذا ملكه بالضمان بطريق الغصب لأنه لا أجر في ملكه وههنا لم يملك بهذا الضمان شيئاً مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك.وإنما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا توزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله فان قيل قد تقرر عليه ضمان نصف وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي أن لا يلزمه نصف الأجر.والجواب أن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة أنه إذا أركب غيره فهو مخالف في الكل وإذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه،مخالف فيما شغله بغيره (شلبي).

وإذا كان ذلك الشخص صغيراً بحيث لا يمكنه أن يتمسك على ظهر الدابة أو كان الرديف متاعاً فلا يضمن إلا بمقدار ثقله أي أنه يؤخذ رأي أهل الخبرة في تأثير ثقل الصغير أو المتاع على ظهر الدابة وعلى هذا يضمن ذلك الشخص من قيمة الدابة بنسبته وهذا إذا لم يركب موضع الحمل لأنه حينئذ يضمن كل القيمة (الهندية).

ويلزم في الإرداف ضمان جميع القيمة في المسألتين الآتيتين:

أولاً إذا كانت تلك الدابة لا تطيق حمل اثنين لزم ضمان جميع القيمة ولا ينظر إلى خفة الرديف وثقله لأنه تعمد اتلافها ولا أجر عليه. وفي هذه الحال لا تلزم أجرة (الهندية، والبزازية، والأنقروي، ورد المحتار، والشلبي).

ثانياً:لو استكرى أحد دابة لركوبه فركبها هو وأركب معه آخر على كتفه وعطبت الدابة ضمن كل قيمتها. ولو كانت الدابة تطيق حملها معاً. لأنه لما اجتمع الثقل في مكان واحد من ظهر الدابة كان شاقاً عليها. وإذا بقيت الدابة سالمة فلا يلزمه سوى الأجر المسمى «رد المحتار». أما إذا عطبت الدابة في هذه المسألة بعد أن أوصلت المستأجر إلى المكان المقصود ويلزمه الأجر المسمى مع ضمان القيمة لأنه استوفي المنفعة المعقود عليها مع الزيادة فإن الركوب لا يختلف بأن يردف معه غيره أو لا يردف (كفاية) ولا يقال هنا كيف اجتمعت الأجرة والضمان لأنه لما كان لزوم الأجرة لركوبه والضمان لإركابه غيره فلم يكن اجتماعهما لسبب واحد(أنظر المادة (٨٦) متناً وشرحاً (رد المحتار)).

فإن قيل الأجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف وكان ينبغي ألا يجب عليه نصف الأجر قلنا إنما ينفى الأجر عنه عند وجوب الضمان لأن ملكه بالضمان بطريق الغصب ولا أجر عليه في ملكه. وههنا لا يملك شيئاً بهذا الضمان مما شغله بركوب نفسه وجميع المسمى بمقابلة ذلك وإنما يضمن ما شغله بركوب الغير ولا أجر بمقابلة ذلك فيسقط عنه.

في رجوع الراكب على الرديف ورجوع الرديف على الراكب: إذا ضمن المالك الراكب أي المستأجر قيمة الدابة فليس للراكب الرجوع على الرديف مستأجراً كان الرديف أو مستعيراً (الكفاية) لأنه لما كان المستأجر مالكاً الدابة فركوب الرديف يكون بإذن المالك. وإذا ضمن الرديف ينظر فإذا كان مستأجراً من الراكب فله الرجوع عليه (أنظر المادة (٦٥٨))وإن كان مستعيراً فليس له ذلك لأنه وإن كان ثمة تغرير في مثل هذا الحال فكما أنه لم يقع ضمن عقد معاوضة فليس الغار ضامناً صفة السلامة للمغرور وسيصير توضيح ذلك في شرح المادة(٦٥٨) «الشرنبلالي، ورد المحتار والطوري» هذا إذا أردفه حتى صار الأجنبي كالتابع له أما إذا أقعده في السرج صار غاصباً ولم يجب شيء من الأجر لأنه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامناً والأجر لا يجامع الضمان (الشلبي).

وكذلك إذا استكرى أحد دابة لركوبه فركبها وهو مكثر من لبس الثياب ينظر فإذا كان قد لبس ما لا يلبس عادة وتلفت الدابة يضمن أما إذا لبس ما يلبسه الناس عادة فلا (أنظر المادة «٣٦ رد المحتار».

﴿المادة ٥٥٢﴾ من استكرى دابة على أن يركبها من شاء فإن شاء ركبها بنفسه وإن شاء أركبها غيره ولكن ان ركبها هو أو غيره فقد تعين المراد وتخصص فلا يصح اركاب آخر.

أي أنه من استكرى دابة على أن يركبها من شاء على وجه التعميم فإن شاء ركبها بنفسه وإن شاء أركبها غيره على سبيل الإعارة أو الإجارة وله ايداعها عند من شاء أنظر المادة «٦٤». وعبارة «على أن يركبها من شاء» يراد بها الإجارة التي وقعت وفيها نص على التعميم.

لأن الإجارة التي تقع على الركوب مطلقاً وبدون تعميم تكون فاسدة ولأن الركوب مما يختلف اختلافاً فاحشاً فان قال على أن تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصاً بعينه لأنه رضي به (الكفاية).

لكن إذا استكرى أحد دابة على أن يركبها من شاء وأركبها امرأة ضخمة ثقيلة وتلفت ينظر فاذا كانت الدابة غير قادرة على حملها ضمن كل قيمتها لأنه يكون اتلافاً أما إذا كانت قادرة فلا يضمن لأن اسم الإنسان يتناولها ويلزم الأجر المسمى (الهندية).

لكن في هذه الحال سواء أركبها هو أو أركبها آخر فقد تعين المراد وتخصص كأنه قد خصصها بركوب ذلك الشخص وقت العقد ونص عليه ويجري هذا الحكم على ما جاء في المادة الآنفة وليس له بعد ذلك اركاب شخص آخر غير من تعين لركوبها وعليه فلو ركبها المستأجر أولاً ثم أركبها غيره أو أركبها غيره أولاً ثم ركبها هو وتلفت الدابة ضمن كما في المادة السابقة (الهندية والطوري).

﴿المادة ٥٥٣﴾ لو استكرى أحد دابة للركوب من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على أن يركبها من شاء تفسد الإجارة. ولكن لو عين وبين قبل الفسخ تنقلب إلى الصحة وعلى هذه الصورة أيضاً لا يركب غير من تعين على تلك الدابة.

أي أنه لو استكرى أحد دابة من دون تعيين من يركبها ولا التعميم على أن يركبها من شاء تفسد الإجارة وإذا رفعت هذه الإجارة إلى المحكمة تحكم بفسخها(أنظر المادة «٤٥٣») لأن الركوب مما يختلف إختلافاً فاحشاً (الكفاية).

ولو استأجر عدة أشخاص دابة واحدة مثلاً على أن يركبها من يتعب منهم أو من يصيبه مرض تفسد الإجارة ولا تلزم أجرة ما لم يحصل الانتفاع حقيقة «الهندية». (أنظر المادة «٤٧١».) وفي المحيط أنه لو إستأجرها إثنان على أن يتعاقبانها فينزل أحدهما ويركب الآخر ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه قالت الائمة الثلاثة «الشبلي».

لكن لو استكريت دابة على هذه الصورة وعين الراكب وبين قبل أن تفسخ الإجارة بناء على فسادها انقلبت إلى الصحة استحساناً ولزم الأجر المسمى (أنظر المادة «٢٤») وإذا ركبها إلى ذلك المكان فعليه ما سماه من الكراء استحساناً «شلبي». ووجه استحسانهم هذا زوال الجهالة الموجبة للفساد قبل فسخ الإجارة والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء وفي هذه الحال إذا تلفت الدابة

لزمه الضمان لأنه ارتفع الموجب للفساد وهو الجهالة ولا ضمان عليه ان هلكت لأنه غير متعدٍ «الطوري».

قال الزيلعي فلو أركبها أو ركبها بنفسه أو ألبس غيره أو لبس نفسه وجب عليه المسمى استحساناً وفي القياس عليه أجر المثل لأنه استوفي المنفعة بحكم عقد فاسد. ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد. وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال فيزول الفساد لانا نجعل التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه إذا هلكت العين لأنه غير متعد لعدم المخالفة سواء البس بنفسه أو البس غيره (الطوري، والشلبي) وحكم الفقرة الأخيرة من المادة (٥٢٤) من هذا القبيل.

وعلى هذه الصورة أيضاً لا يركب غير من تعين على تلك الدابة وان أركبه كان ذلك غصباً ولزم الضمان وحكم الفقرة الأخيرة من المادة الآنفة كهذا الحكم أيضاً (عبد الحليم، ورد المحتار). وصار كأنه نص على ركوبه ابتداء «الكفاية».

كذلك لو استؤجرت دابة للحمل ولم يعين ما يراد تحميله عليها فكما تنقلب هذه الإجارة إلى الصحة إذا عين الحمل قبل الفسخ تنقلب إلى الصحة إذا عين ركوب المستأجر أو غيره. لأن الحمل يتناول الركوب أيضاً ولأن الركوب يسمى حملاً. يقال ركب فلان وحمل معه غيره ولا يسمى الحمل ركوباً أصلاً ومتى تعين حمل شيء أو شخص فلا يجوز العدول عنه إلى غيره وان حصل ذلك كان المستأجر غاصباً وضامناً (عبد الحليم، والبحر).

﴿المادة ٥٥٤﴾ لو استكريت دابة للحمل يعتبر في الاكاف والحبل والعدل عرف البلدة.

لو استكريت دابة للحمل أو حمالاً أو رجلاً لتحميل احمال على دواب للمستأجر يعتبر عرف البلدة في الاكاف والحبل والعدل فان كان من المعتاد أن تكون من الآجر فعليه إحضارها والعكس بالعكس (أنظر المادة ٣٦)(الأنقروي).

غير أنه لا يطلب من المستأجر أن يحضر رجلاً للمحافظة على الحمل وهو على ظهر الحمال وعليه لو أحضر المكاري رجلاً بأجرة لحفظ الحمل من اللصوص من دون إذن المستأجر عد متبرعاً وليس له أخذ أجرة ذلك الرجل من المستأجر (الخيرية) وفي استئجار الفسطاط تكون الأوتاد من المستأجر أما الأطناب فعلى المؤجر (الأنقروي).

﴿المادة ٥٥٥﴾ لو استكريت دابة من دون بيان مقدار الحمل ولا التعيين بإشارة يحمل مقداره على العرف والعادة.

أي أنه إذا عين ما يراد تحميل الدابة إياه ولكن من دون بيان مقداره أو تعيين المقدار بالإشارة

بأن يقول المستأجر أريد تحميلها من الشيء الفلاني يحمل مقدار الحمل على ما يحمله مثل تلك الدابة من ذلك الشيء عادة وعرفاً (أنظر المادة ٣٦). وعلى ذلك فلو حملها ما تحمله عادة وتلفت فلا يضمن (أنظر المادة ٩١) (رد المحتار والهندية).

أما إذا حملها زيادة عما هو متعارف وتلفت فينظر إذا كانت الدابة تطيق حمل الكل فيضمن بمقدار الزيادة فقط لأنها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما (الهداية) مثل أن يستأجر دابة ليحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم على أحد عشر جزءاً فيضمن جزءاً (الكفاية) أي جزء من أحد عشر. أما إذا كانت غير قادرة على حمل الجميع ضمن جميع قيمتها لعدم الاذن فيها أصلاً لخروجه عن العادة (الهداية) لكن إذا لم يبين ما يراد حمله عليها كانت الإجارة فاسدة (أنظر المادة ٤٥٣ متناً وشرحاً على أن حكم تلك المادة كحكم هذه أيضاً). وللمستأجر تحميل الدابة ما هو المعتاد وإذا عطبت الدابة في هذه الحال ليس عليه ضمان لأن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وإن كانت الإجارة فاسدة هذا إذا لم يتعد أما إذا تعدى ضمن ولا أجر عليه (أنظر المادة ٩١ و٦٠٠) وإذا لم تعطب الدابة وأوصلته إلى المكان المقصود لزم الأجر المسمى لأن الإجارة إنقلبت إلى الصحة بارتفاع الجهالة بتحميل ما هو المعتاد (مجمع الأنهر).

جاء من دون تعيين مقدار الحمل لأنه إذا عين المقدار يجري ذلك على ما سيأتي في شرح المادة (٥٥٩) من التفصيلات.

﴿المادة ٥٥٦﴾ ليس للمستأجر ضرب دابة الكراء من دون إذن صاحبها ولو ضربها وتلفت بسببه ضمن.

ليس للمستأجر عند أبي حنيفة ضرب دابة الكراء من دون اذن صاحبها أصلاً لأنه يمكن للراكب أن يجعلها تسرع في مسيرها من دونه. وأن ضربها من دون اذن وعطبت ضمن قيمتها. مثلاً لو استكرى أحد حماراً ليحضر عليه حطباً من محل فضربه فوقع وتلف ضمن قيمته (الأنقروي). كذلك ليس للمستأجر أن يكبح الدابة باللجام لإيقافها فإن كبحها وعطبت ضمن (انظر المادة ٦٠٢ «الكفاية»).

والكبح هو أن يجذبها لنفسه لإيقافها فلا تجري. للمستأجر أن يسوق الدابة حسب المعتاد وإذا ساقها بما يخالف المعتاد بالعنف والشدة وعطبت لزمه الضمان بالاجماع (أنظر المادة (٧٠٢) رد المحتار والبزازية والهندية)).

وللمستأجر عند الإمامين ضرب الدابة الضرب المعتاد وإذ تجاوز الضرب المعتاد لزمه الضمان بالاتفاق لأن التعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وربما لا تنقاد الدابة إلا به فيكون الاذن ثابتاً منه بالعرف والمتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بالمأذون فيه فلا يضمنه (الزيلعي والهداية والكفاية). وبما أن قول الإمام الأعظم افتي به فقد رجحته المجلة ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى. سلمنا أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما يندفع المأذون مقيد بشرط

السلامة إذ يتحقق السوق بدونه وهو للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق يوجه الالحاق به أي للمرور في الطريق من حيث حصول المنفعة بذلك الفعل للفاعل لا بغيره.وذلك لأنه ان ابيح له الضرب ههنا إنما أبيح لمنفعة نفسه لالحق المالك فان حق المالك في الأجر يتقرر بدونه ومثله يتقيد بشرط السلامة كالرمي إلى الصيد بخلاف ما إذا اذن المالك به نصاً فان فعله بعد الاذن كفعل المالك وهذا إذا ضربه ضرباً يضرب مثله أما إذا لم يكن بهذه المثابة فيضمن بالاجماع لأنه غير داخل تحت العقد لا نصاً ولا عرفاً (الهداية والكفاية والعناية).

﴿المادة ٥٥٧﴾ لو أذن صاحب دابة الكراء بضربها فليس للمستأجر إلا الضرب على الموضع المعتاد، وإن ضربها على غير الموضع المعتاد مثلاً لو كان المعتاد ضربها على عرفها وضربها على رأسها وتلفت يلزم الضمان.

أي أنه لو أذن صاحب دابة الكراء المستأجر بضربها فليس للمستأجر إلا الضرب على الموضع المعتاد (أنظر المادة (٣٦)) وحينئذٍ لو عطبت فلا يلزمه ضمان (أنظر المادة (٩١)).

وان ضربها على غير الموضع المعتاد ولو بموجب كأن ضربها على رأسها والمعتاد ضربها على عرفها وعطبت لزمه الضمان بخلاف ما إذا أذن المالك نصاً وصراحة بالضرب على ذلك العضو الذي لم يعتد الضرب عليه.وحينئذ لو عطبت الدابة لضربها عليه فلا يلزمه الضمان لأن ضربه بعد الاذن كضرب المالك.فكما أن المؤجر لا يضمن فيما لو عطبت الدابة بضربه فالمستأجر لا يضمن فيما لو ضرب الدابة بإذنه وعطبت لأن الإذن والإجازة توكيل (البزازية والهندية في الباب التاسع والعشرين والكفاية والهداية).

﴿المادة ٥٥٨﴾ يصح الركوب على دابة استكريت للحمل.

أي أنك إذا استكريت دابة لتحملها يصح لك أن تركبها بدلاً من ذلك. (أنظر المادة ٤٢٦) لأن الركوب أقل ضرراً من الحمل والرضاء بالضرر الأشد رضاء بما يماثله أو ما هو أهون منه ولأن الركوب يسمى حملاً يقال ركب فلان وحمل معه غيره.

مثلاً لو استأجر أحد دابة ليحمل عليها حملاً معلوماً فلم يحمل عليها الحمل وركبها هو أو أركبها غيره جاز ولا ضمان عليه (أنظر المادة ٩١).

ومر لهذا صورة أخرى في المادة (٥٥٠).

﴿المادة ٥٥٩﴾ لو استكريت دابة عُين نوع حملها ومقداره يصح تحميلها حملاً آخر مماثلاً له أو أهون منه في المضرة أيضاً.ولكن لا يصح تحميل شيء أزيد في المضرة.مثلاً من استكرى دابة على أن يحملها خمسة أكيال حنطة كما صح له

أن يحملها من ماله أو من من مال غيره أي نوع كان خمسة أكيال حنطة كذلك يجوز له أن يحملها خمسة أكيال شعير. ولكن لا يجوز تحميل خمسة أكيال حنطة دابة استكريت على أن تحمل خمسة أكيال شعير كما لا يصح أن تحمل مائة أقة حديد دابة استكريت على أن تحمل مائة أوقية قطن.

إذا قيدت الإجارة بنوع من أنواع الانتفاع فليس للمستأجر أن يتجاوز ذلك إلى أكثر مما هو مأذون به ولكن له أن يعدل إلى ما يماثله أو إلى ما هو أهون منه لأن الرضاء بمضرة دليل على الرضاء بما يماثلها أو بما أهون منها.

مثلاً لو استكريت دابة عين نوع حملها ومقداره فكما يصح تحميلها ذلك الحمل يصح - ١ - تحميلها حملاً آخر مماثلاً من نوعه (٢) تحميلها حملاً أهون منه في المضرة أي أنه يصح تحميلها حملاً من نوع آخر بشرط أن يكون مساوياً لذلك الحمل في المقدار وعلى ذلك لو استكريت دابة ليحمل عليها مقدار من الزاد معين واستهلك مقدار منه في الطريق فللمستأجر أن يزيد عوض ذلك ما يعادله من موزون أو مكيل قال الأنقاني وكذا غير الزاد من المكيل والموزون إذا انتقص له أن يزيد عوض ذلك (رد المحتار).

ويفهم من هذا أنه ليس للمستأجر أن يخالف إلى ما هو شر (١) في نوعه (٢) في مقدار الحمل المتفق عليه.

ولكن لا يصح تحميل شيء أزيد في المضرة من ذلك النوع وله بمساو له في المقدار. لأن الأصل ان من استحق منفعة مقدرة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها أو أقل منها جاز وان إستوفى أكثر منها لم يجز فله أن يحمل كر حنطة لغيره لو استأجرها لحمل كر حطنة لنفسه لأنه مثله (بحر) أنظر المادة (٤٢٦) والظاهر من فقرة «ولكن لا يصح تحميل شيء أزيد في المضرة» أنه ترجع إلى النوع فقط ولكن يصح أن نرجعها إلى المقدار أيضاً والواقع أنه وإن كانت الأمثلة الآتية كلها أمثلة على النوع فقد ترك إيراد الأمثلة على المقدار لظهوره.

مثلاً لو استكرى دابة على أن يحملها خمس كيلات حنطة إلى المحل الفلاني كما يصح له أن يحملها خمس كيلات حنطة من ماله أو مال غيره من أي نوع من أنواع الحنطة يصح له أن يحمل عليها خمس كيلات شعير أو سمسم لأنه لا فائدة في إجازة كر حنطة ومنع كر شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز (الهندية، والطوري).

وهذا المثال قد ورد في المجلة مرتباً على قاعدة اللف والنشر. وإذا عطبت الدابة في هاتين الصورتين فلا يلزم ضمان. أنظر المادة (٩١). لأنه لما كان الشعير أخف من الحنطة فضرر مقدار من الشعير أخف من ضرر ما يساويه في الكيل من الحنطة (رد المحتار، والهندية).

وذكره الكيل في مثال المتن ليس بقيد احترازي لأنه إذا استأجر أحد دابة ليحمل عليها كذا

أوقية حنطة فله أن يحمل عليها قدر ذلك شعيراً بشرط أن لا يتجاوز موضع الحمل من ظهر الدابة لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ ما يساويه وزناً من القمح وعليه فبما أن الشعير ينبسط على ظهر الدابة فهو أخف من القمح حتى أنه إذا تلفت الدابة في هذه الصورة فلا يلزم المستأجر ضمان، بناء على المادة (٩١) بل يلزمه الأجر المسمى.

ولكن لا يجوز تحميل خمسة أكيال حنطة دابة استكريت على أن تحمل خمسة إكيال شعير «لأن الحنطة أثقل من الشعير وهي أصلب وأشد إندماجاً منه فصار كما لو حمل عليها حجارة أو حديداً» وان فعل وعطبت الدابة ضمن قيمتها. أنظر المادة (٦٠٣) ولا تلزم الأجرة حينئذ أنظر المادة (٨٦) (الهندية في الباب السابع والعشرين).

غير أنه إذا استؤجرت دابة ليحمل عليها خمسة أكيال شعير فحمل عليها كيلتان ونصف من القمح فلا يلزم الضمان إستحساناً ولهذا قد جاء في متن المجلة قوله خمسة أكيال حنطة «البزازية والهندية والطوري». وفقرة (ولكن لا يجوز تحميل خمسة أكيال حنطة دابة أستكريت على أن تحمل خمسة أكيال شعير) مثال لفقرة «ولكن لا يصح تحميل شيء أزيد في المضرة».

كذلك لا يصح أن تحمل مائة أوقية حديد دابة استكريت على أن تحمل مائة أوقية قطن لأن الحديد يجتمع في مكان واحد من ظهر الدابة فيضر بها أكثر «مجمع الأنهر، وعبد الحليم، والطوري» وهذا مثال آخر للفقرة المذكورة على حدة.

قاعدتان في أنواع الأحمال التي تكون أقل مضرة والأنواع التي تكون أكثر مضرة.

الأولى: إذا كان الحمل المحمول أي الذي يحمل على الدابة من دون الحمل المسمى يشغل مكاناً من ظهر الدابة أقل مما يشغله الحمل المسمى ولو كان مساوياً له في الوزن وعطبت الدابة لزم الضمان لأن الحمل المسمى لما كان مما ينبسط على ظهر الدابة فهو أخف عليها من المحمول الذي يتجمع على موضع صغير من ظهرها.

مثلاً لو أستكريت دابة على أن تحمل خمسين أوقية شعير أو حنطة وحمل عليها خمسين أوقية حجارة أو حديد وعطبت لزمه الضمان.

أما إذا كان ما يشغله المحمول من ظهر الدابة أكثر مما يشغله الحمل المسمى بشرط ألّا يتجاوز موضع الحمل وعطبت الدابة فلا يلزم المستأجر ضمان كما في الفقرة الأولى من المتن.

القاعدة الثانية: إذا تجاوز المحمل موضع الحمل أي أنه إذا سمى حملاً وحمل على الدابة غيره وتجاوز المكان الذي يشغله الحمل من ظهر الدابة لزم الضمان.

مثلاً لو استأجر أحد دابة ليحمل عليها مائة أقة حنطة وحمل عليها مائة أقة حطب أو قطن أو تبن وكان الحمل خارجاً عن موضع الحمل من ظهر الدابة سواء أكان ذلك من الأمام أو من الخلف وعطبت الدابة لزم الضمان «الهندية».

لأن هذا الحمل وإن كان أخف على ظهر الدابة من وجه لانبساطه فهو من وجه آخر أشد مضرة بها.

ولذلك رجحت جهة الضرر وحظر «رد المحتار» أنظر المادة «٤٦»، والحاصل أن الشيئين متى كان في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه. لا يستفاد من الإذن في أحدهما الإذن في الآخر وإن كان هو أخف ضرراً من وجه آخر «الطوري».

تفصيلات في المخالفة: تكون المخالفة المذكورة إما بالجنس أو بالمقدار وتقع إما من المستأجر أو من مستأجر المستأجر أو من المؤجر وإليك تفصيل ذلك على الوجه الآتي:

أولاً، إذا كانت المخالفة بالجنس ووقعت من المستأجر لزمه جميع القيمة.

مثلاً إذا استكرى أحد دابة ليحمل عليها خمس كيلات شعيراً وحمل عليها خمس كيلات حنطة وعطبت الدابة لزمه ضمان جميع قيمتها. لعدم الإذن فيها أصلاً «العناية» وإذا حمل على الدابة التي استأجرها ليحمل عليها شعيراً نصف الحمل شعيراً ونصفه حنطة وعطبت الدابة ضمن نصف قيمة الدابة مع نصف الأجر المسمى لأن الحنطة جنس آخر غير الشعير وهي أثقل منه «البزازية».

كذلك لو استأجر أحد دابة ليحمل عليها عشر كيلات شعيراً وحمل عليها عشر كيلات شعيراً وكيلة من الحنطة وعطبت الدابة لزمه ضمان جميع قيمة الدابة «الشرنبلالي».

كذلك لو استأجر دابة ليحمل عليها مائة أقة من القطن وحمل عليها مائة أقة حديداً أو أقل وعطبت الدابة لزمه ضمان جميع القيمة. وهنا لا تلزمه الأجرة لمخالفة الجنس ولو سلم الدابة إلى صاحبها سالمة لأن المستأجر هنا قد إستوفى منافع الدابة إغتصاباً. أنظر المادة «٥٩٦».

ثانياً: إذا كانت المخالفة في الجنس ووقعت من مستأجر المستأجر يلزم ضمان القيمة جميعها وللمؤجر هنا إذا شاء أن يضمنها المستأجر الأول أو الثاني وإذا ضمنها المستأجر الأول فليس له الرجوع على الثاني وإذا ضمنها المستأجر الثاني فله الرجوع على الأول مثلاً لو استأجر أحد دابة ليحمل عليها شيئاً فأجرها من آخر على أن يحمل عليها شيئاً آخر أكثر مضرة منه والمستأجر حمل على الدابة ذلك الشيء وتلفت لزم الضمان على الوجه المحرر آنفاً.

ثالثا: إذا كانت المخالفة في الجنس ووقعت من المؤجر فلا يلزم المستأجر في هذه الحال ضمان ويفهم ذلك من التوضيح الآتي قريباً:

رابعاً: إذا كانت المخالفة في المقدار ووقعت من المستأجر ينظر فإذا كان الحمل الذي حمله على الدابة وتلفت بسببه كثيراً بدرجة لا تطيق حمله ضمن جميع قيمتها. لأن ذلك اتلاف للدابة وفي هذه الصورة لا تلزمه أجرة (أنظر المادة ٨٦) (البزازية، والأنقروي، ورد المحتار، والزيلعي).

وإذا كان الحمل المسمى مع الزيادة مما تطيق الدابة حملها معاً سواء ،(١) أتلفت في يد المستأجر بعد الوصول إلى المكان المقصود غير متأثرة من ذلك (٢) أو تلفت قبل الوصول إلى المكان

المقصود، ضمن المستأجر من قيمة الدابة بنسبة تلك الزيادة إلى الحمل.

فإذا كانت الزيادة ربع الحمل المسمى مثلاً ضمن ربع قيمة الدابة وإن كانت ثلثه فعليه ضمان الثلث. لأن التلف حصل بفعل الكل وبعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فتسقط حصة الحمل المأذون فيه وتجب حصة الباقي ولأن كل جزء من أجزاء الثقل لا يصلح علة بنفسه وإنما يصلح عند الإجتماع وعند الإجتماع صار الكل علة واحدة فتوزع الضمان على أجزائها (شلبي). ويلزم الضمان في الصورة التي أشير إليها برقم (١) أيضاً.

مثلاً لو استأجر دابة ليحمل عليها خمس كيلات حنطةِ فحمل عليها ست كيلات مرة واحدة وعطبت الدابة فإذا كانت الدابة تطيق حمل ست الكيلات لزمه أن يضمن سدس قيمتها (رد المحتار).

كذلك لو استأجر دابة على أن يحمل عليها عشر كيلات شعيراً فحمل عليها إحدى عشرة كيلة فكانت تطيق حملها لزمه ضمان جزء من أحد عشر جزءاً من قيمتها لأن المستأجر لا يضمن المقدار المأذون له فيه وإنما يضمن ما كان غير مأذون فيه (الهندية).

وإذا لم يحمل المستأجر الزيادة والحمل المسمى دفعة واحدة على الدابة وحمل عليها الحمل المسمى أولاً ثم حمل عليها الزيادة ثانياً وعطبت لزمه ضمان جميع قيمتها. ما لم يعلق الزيادة على كفل الدابة فيلزمه حينئذ ضمان مقدار الزيادة فقط (الهندية، مجمع الأنهر).

مثلاً لو استأجر أحد دابة ليحمل عليها عشر كيلات شعيراً وبعد أن حمل عليها عشر كيلات حملها كيلة شعير واحدة أخرى على حدة وعطبت الدابة لزم ضمان جميع قيمتها. إلا أنه إذا علق الكيلة على كفل الدابة فإنما يلزمه ضمان جزء من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر ثوراً ليطحن به عشر كيلات حنطة فطحن إحدى عشرة كيلة فهلك فانه يضمن جميع قيمته لأن الطحن يكون شيئاً فشيئاً فلما طحن عشر كيلات انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن المالك فيضمن جميع قيمتها فأما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك (الكفاية).

خامساً - إذا كانت المخالفة في القدر ووقعت من الآجر وليس من المستأجر. فلا يلزم المستأجر ضمان لأن المباشر هو الآجر أي صاحب الدابة.

مثلاً لو استأجر أحد دابة ليحمل عليها خمس كيلات شعيراً. فأحضر المستأجر عدلاً فيه ست كيلات شعيراً وقال أمام الآجر أنه خمس كيلات فأخذه الآجر ووضعه على ظهر الدابة من دون أن يتثبت من صحة قول المستأجر وعطبت الدابة فلا يلزم المستأجر ضمان (الطوري).

إذ كان على الآجر ألا يثق بقول المستأجر من دون كيل الشعير.

سادساً - إذا كانت المخالفة في المقدار ووقعت بصنع كل من الآجر والمستأجر كأن يحمل الإثنان الحمل في المسألة السابقة ويضعاه على ظهر الدابة معاً وتعطب به ففي مثل هذه الحال لا يلزم المستأجر سوى ضمان ما يصيب المقدار الزائد عن الحمل المسمى من قيمة الدابة أي إن فعل المستأجر يكون موجباً للضمان وفعل صاحب الدابة هدراً (الطوري) مثلاً لو آجر أحد دابته من آخر ليحمل عليها خمس كيلات حنطة ورفع هو والمستأجر عدلاً فيه ست كيلات على ظهر الدابة وهو غير عالم بمقداره وعطبت الدابة فعلى المستأجر ضمان نصف سدس قيمة الدابة (رد المحتار، والهندية، والشرنبلالي).

وإذا كان الحمل مقسوماً في غرارتين وحمل المستأجر والآجر الدابة غرارة واحدة معاً أو حملها كل منهما غرارة واحدة وكان المستأجر هو البادئ فلا يلزم المستأجر ضمان مطلقاً ويكون ما حمله المستأجر هو المستحق بعقد الإجارة والباقي يكون هدراً أما إذا حمل المستأجر غرارة بعدما حمل الآجر الثانية وتلفت الدابة ضمن نصف قيمة الدابة (الطوري).

وإذا عطبت الدابة في المسائل المذكورة أي في الخصوصات التي يلزم فيها الضمان بتحميل زيادة من جنس الحمل المسمى بعد البلوغ إلى المكان المقصود يلزم مع الضمان المذكور جميع الأجر المسمى فكما أن الضمان في مقابل الزيادة فالأجر المسمى في مقابل إستيفاء المنفعة. وهنا لا يكون قد اجتمع الآجر والضمان (أنظر شرح المادة (٨٦). وإن استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتم حنطة فحمل عليها خمسة عشر مختوماً من الحنطة وجاء بالحمار سليماً وهلك قبل أن يرده إلى صاحبه إن كان يعلم أن الحمار يطيق ذلك كان عليه ثلث القيمة وكمال الأجر المسمى (الهندية).

أما إذا بلغت الدابة المحل المقصود ولم تعطب لزم الأجر المسمى فقط ولا تلزم زيادة الأجر للزيادة على الحمل المسمى لأن منافع تحميل الزيادة قد استوفيت من دون عقد (أنظر المادة ٥٩٦) (رد المحتار والهندية، والبزازية، والشبلي) ولزم الأجر المسمى لأن المنفعة المعقود عليها قد إستوفاها المستأجر مع الزيادة.

سابعاً - وإذا كانت المخالفة في القدر ووقعت من مستأجر المستأجر لزم الضمان أيضاً. مثلاً لو استكرى أحد دابة ليحمل عليها خمس كيلات حنطة فآجر المستأجر الدابة من آخر على أن يحمل عليها عشر كيلات وحمل عليها ذلك المقدار وتلفت فلصاحبها الخيار إذا شاء ضمن المستأجر الأول قيمتها (أنظر المادة ٤٢٨ **وشرحها**) وليس لهذا الرجوع على المستأجر الثاني في شيء وإذا شاء ضمن المستأجر الثاني وله حق الرجوع على المستأجر الأول (أنظر المادة ٦٥٨) (**الطواري، الهندية**).

﴿المادة ٥٦٠﴾ وضع الحمل عن الدابة على المكاري.

أي على المكاري وضع الحمل عن ظهر الدابة التي أجرها على أن يحملها (الهندية في الباب السابع عشر) أما إدخال الحمل إلى الدار فيجري حكمه على ما سيجيء في المادة (٥٧٥) متناً وشرحاً.

﴿المادة ٥٦١﴾ نفقة المأجور على الآجر مثلاً علف الدابة التي استكريت وسقيها على صاحبها ولكن لو أعطي المستأجر علف الدابة بدون إذن صاحبها تبرعاً فليس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد.

نفقة المأجور على الآجر سواء أكانت الأجرة عيناً أو ديناً لأن المأجور ملك الآجر. حتى أنه إذا شرط على المستأجر الإنفاق على الدابة كانت الإجارة فاسدة. لأن ذلك ليس من مقتضيات العقد وإنما هو شرط فيه نفع وفائدة للمؤجر (أنظر شرح المادة ٤٦٢) وإذا أنفق المستأجر على الدابة بناء على هذا الشرط حسب ذلك من بدل الإجارة والحيلة أن يزيد في الأجرة قدر العلف ثم يوكله ربها بصرفه عليها (ردالمحتار).

مثلاً علف الدابة التي استكريت وسقيها على صاحبها فعليه إذا لم يقدم المستأجر علفاً للدابة التي استكراها وهلكت لا يلزمه ضمان (البزازية) كما لو شرط على المستأجر تقديم العلف للدابة ولم يقدمه له وهلكت لا يضمن لفساد الإجارة بذلك الشرط كما تقدم (الهندية في الفصل الثاني من الباب الخامس عشر).

ولكن لو أعطى المستأجر علف الدابة بدون إذن صاحبها عد ذلك تبرعاً منه وليس له أخذ ثمنه من صاحبها بعد. (الأنقروي، الهندية في الباب السابع عشر). كذا لو أمر المستأجر شخصاً بالإنفاق على الدابة التي استأجرها. فأنفق عليها الرجل وهو عالم بأن الآمر ليس هو صاحب الدابة بل مستأجر فليس له حق الرجوع عليه بما أنفق على الدابة ويعد متبرعاً به أما إذا لم يكن عالماً بأنها مستأجرة فله الرجوع عليه ولو لم يشترط الرجوع له في أمره(أنظر شرح المادة ٥٢٩ وشرحها) وإذا أمر الآجر المستأجر بالإنفاق على الدابة على أن يحسب ما ينفقه عليها من الأجرة فللمستأجر الرجوع عليه فيما أنفق ولكن إذا أنكر الآجر حصول الإنفاق أو الزيادة عن مقدار النفقة المعينة فعلى المستأجر الإثبات وإذا خاف المستأجر عدم تصديق الآجر فيما ينفق على الدابة وعدم تصديقه في الإنفاق مطلقاً فعليه أن يؤدي إلى الآجر مقداراً من الأجرة والآجر يسلمه إليه للإنفاق على الدابة وحينئذ يكون المستأجر أميناً ويصدق بقوله بمقتضى المادة(١٧٧٤). (أنظر شرح المادة ٥٣٠) (رد المحتار).

الفصل الرابع

في بيان إجارة الآدمي

﴿المادة ٥٦٢﴾ تجوز إجارة الآدمي للخدمة أو لإجراء صنعة ببيان مدة أو بتعيين العمل بصورة أخرى كما بين في الفصل الثالث من الباب الثاني.

تجوز إجارة الآدمي للخدمة أو المحافظة على الوديعة أو لإجراء صنعة ما كالخياطة والنجارة أو تعليم القرآن أو علم الصرف والنحو والفقه وما أشبه ذلك ببيان المدة أو المسافة أو بتعيين العمل بصورة أخرى كما بين في الفصل الثالث من الباب الثاني. أنظر المادة(٧٧٧). أي أنه يلزم في إجارة الآدمي تعيين العمل. ولكن لا يلزم في الإجارة الواردة على العمل بيان مدتها أما في الإجارة التي تعقد على المدة فيلزم بيان العمل مع المدة. فإذا لم يبين العمل لا تصح الإجارة(أنظر شرح المادة ٤٤٥) (الهندية في الباب الثامن والعشرين ورد المحتار).

مسائل تتفرع عن ذلك:

أولاً: يجوز أن يستأجر أحد آخر ليصطاد له صيداً كذا يوماً أو يحتطب حطباً ويكون ما يصطاده الرجل من الصيد ويحتطبه من الحطب في تلك المدة للمستأجر. وإذا لم تبين مدة الإجارة ينظر فإذا عين الشجر الذي يحتطب منه وكان ملكاً للمستأجر صحت الإجارة وإذا لم يكن الشجر ملكاً للمستأجر بل مباحاً كانت الإجارة فاسدة وما احتطبه يكون ملكاً للمستأجر وللأجير أجر المثل. أما إذا لم يعين الشجر الذي يحتطب منه تكون الإجارة فاسدة والحطب الذي احتطب للأجير (الهندية).

أما إذا جمع بين المدة والعمل كاستئجار خباز على أن يعمل كذا أوقية دقيق خبزاً في هذا اليوم تفسد الإجارة عند الإمام الأعظم أما عند الإمامين فصحيحة (أنظر المادتين ٤٢٢ و٥٠٥ شرحاً ومتناً).

ان الأجير يستحق الأجرة بقيامه بالعمل كما جاء في المادة(٤٢٤). وعلى ذلك إذا قام الأجير بعمل في بيت المستأجر وفسد ذلك العمل فلا يطرأ خلل ما على الأجر المسمى.

ولا يجبر الأجير بعد ذلك على عمله وإصلاحه مرة ثانية مثلاً لو استأجر أحد أجيراً لإصلاح مجاري المياه في داره وبعد أن أصلحها وجعل المياه تجري فيها كالعادة خربت فلا يطرأ خلل ما على أجرة الأجير ولا يجبر على إصلاحها مرة ثانية. (الفيضية).

الأمور التي لا تجوز فيها إجارة الآدمي: تجوز إجارة الآدمي للخدمات وإجراء الصناعات على ما ذكر أما الكفالة وما أشبهها مما ليس بصنعة أو خدمة فلا تجوز إذ الإجارة تمليك نفع بعوض والكفالة ضم ذمة إلى ذمة (الخيرية).

﴿المادة ٥٦٣﴾ لو خدم أحد آخر بناء على طلبه من دون مقاولة على أجرة فله أجر المثل إن كان ممن يخدم بالأجرة وإلا فلا.

أي أنه لو خدم أحد آخر بطلبه من دون أن يتقاولا على أجرة أو يعقدا إجارة لمدة فلذلك الشخص أجرته اليومية إن كان ممن يخدم بالأجرة وكانت أجرته معلومة وإذا لم تكن معلومة فله أجر المثل بالغة ما بلغت على الرجل الذي استخدمه ويأخذها من تركته إذا توفي إلا إذا اشترط عليه الاشتغال بدون أجرة «علي افندي» وفقرة «إن كان ممن يخدم بالأجرة» ستوضح في المادة«٥٦٥» أنظر المادتين «٤٥١ و٤٦٢» أيضاً.

وإذا لم يكن ممن يخدم بالأجرة عد متبرعاً في عمله وليس له أخذ شيء ما ولا يشترط في من يخدم بالأجرة أن يكون قبل ذلك عمل عملاً بالأجرة. وعليه لو خدم زيد الذي لم يسبق له أن اشتغل بالأجرة أحداً بطلبه من دون مقاولة أجرة فإن كان ممن يخدم بدون أجرة عادة فليس له أجرة وإلا أخذ«أبو السعود، العمادي».

ولا يعد الرجل الغني ممن يخدم بالأجرة وبالعكس فالرجل الفقير الذي يسعى لقوته اليومي يعد ممن يخدم بالأجرة.

مسائل تتفرع عن هذه المادة:

أولاً: إذا أمر أحد آخر بعمل ما له ولم يذكر له أجرة وعمله وكان ممن يشتغل ذلك العمل لذلك الرجل أو غيره عادة بلا أجرة كان متبرعاً وليس له أجرة وإذا كان ممن يشتغل ذلك بالأجرة فله أخذ أجر المثل بالغاً ما بلغ حتى إذا احضر أحد قماشاً لخياط وقال له خطه ثوباً فإذا كان ذلك الخياط معروفاً بأنه يخيط بالأجرة فله أجر المثل وإلا فلا.

ثانياً: إذا أعطى أحد حملاً لآخر لينقله إلى المحل الفلاني فإذا كان ذلك الرجل معروفاً بأنه ينقل بالأجرة فله أخذ أجر المثل وإلا لا (الهندية).

ثالثاً: إذا غاص أحد في البحر وأخرج مالاً لأحد بطلبه من دون ذكر أجرة استحق أجر المثل إذا كان ممن يغوصون بالأجرة (الفيضية).

رابعاً: إذا كان رجل معروفاً بالحراسة بالأجرة ومكث مدة يحرس محلاً لأحد فله أجرة تلك المدة (الخيرية).

خامساً: إذا أعطى أحد متاعاً لدلال ليبيعه من دون أن يقاوله على أجر وباع الدلال ذلك المتاع لزم صاحب المتاع أجر المثل. لأن المعروف بأن الدلال يبيع بالأجرة والمعروف عرفاً كالمشروط

شرطاً أنظر المادة(٤٣).

سادساً: لو استعان أحد بآخر ليبيع له شيئاً في السوق وباع الرجل ذلك الشيء ولم يكن ممن يخدمون بالأجرة عد ذلك منه اعانة ولا أجر له. ولذلك فقد اشترط في المجلة «أن يكون ممن يخدم بالأجرة» كما مر.

وجاء (در: وسكت عن الأجرة) لأنه لو قال أحد للخياط خط هذا القماش ثوباً بالأجرة وقال الخياط لا أريد أجرة فليس له أخذ أجرة بعد الخياطة (الهندية في الباب الثاني والثلاثين) وقد مر في ذلك في شرح المادة(٤٣٤).

الإختلاف في نفي الأجرة أو المقاولة:

إذا اختلف المستأجر والأجير بعد قيام الأجير بالعمل فقال المستأجر انك قبلت بأن تعمله بلا أجر وقال الأجير لم يكن ذلك مني ينظر فإذا كان ذلك الأجير معروفاً بأنه يشتغل هذه الصنعة بالأجرة فالقول للأجير على أنه لم يشتغل ذلك العمل تبرعاً مع اليمين وإلا فللمستأجر أما إذا لم يقم الأجير بالعمل واختلف على الوجه السابق فيجري التحالف بينهما ويبدأ بيمين المستأجر «رد المحتار، والتنقيح».

وجاء قوله (بطلبه الخ) لأنه إذا خدم أحد آخر بدون إذنه أو اشتغل عملاً له ينظر فإذا كان ذلك الشخص بالغاً وقت اشتغاله بالعمل، وكان اهلاً للتبرع عد متبرعاً ولو كان ممن يخدمون بالأجرة وإذا لم يكن اهلاً للتبرع لزمه أجر المثل بالغاً ما بلغ أنظر المادة(٥٩٩) (الخيرية).

كذلك لو استأجر أحد حمالين لنقل حمل معين ونقل ذلك الحمل كله أحدهما فقط فله نصف الأجرة ويكون متبرعاً في النصف الثاني. لأن نقل الحمل الثاني بلا أمر ولا طلب.

وهذا ما لم يكن الحمالان قد عقدا شركة بينهما في الحمل والعمل قبل الحمل وفي هذه الحال يأخذ الحمال جميع الأجرة وتقسم الأجرة بين الشريكين ويكون عمل الواحد منهما بمنزلة عمل الآخر بحكم الشركة أنظر المادة (١٣٨٩).

كذلك الحكم على هذا المنوال إذا استؤجر أجيران لبناء حائط أو حفر بئر (أشباه)(الهندية في الباب الثامن عشر).

﴿المادة ٥٦٤﴾ لو قال أحد لآخر أعمل هذا العمل اكرمك ولم يبين مقدار ما يكرمه به فعمل العمل المأمور به استحق أجر المثل.

جهالة الأجرة مفسدة للإجارة. وإليك ما يتفرع عن ذلك من المسائل:

أولاً: لو قال أحد لآخر أعمل هذا العمل أكرمك أو أعطيك أجرة أو ما أشبه ذلك ولم يبين مقدار ما يكرمه به أو ما يعطيه إياه من الأجرة وعمل ذلك الشخص العمل المأمور به استحق أجر

المثل بالغاً ما بلغ أنظر المادتين (٤٥١و ٤٦٢) سواء أكان ذلك ممن يخدمون بالأجرة أو لم يكن. لأن الإكرام هنا معناه أجرة ولكن لما كانت الأجرة هنا مجهولة وجهالة البدل مفسدة للإجارة فأصبح مستحقاً لأجر المثل وإذا أعطاه المستأجر زيادة عن أجر المثل برضاه فليس له استردادها ويكون ذلك حلالاً للمؤجر لكن إذا قال ذلك الشخص لا أريد شيئاً وقام بالخدمة فليس له أجر أنظر شرح المادة الآنفة (الفيضية، وعلي افندي) كما إذا لم يقم بها أنظر المادة(٤٧١).

ثانياً: إذا قال أحد لآخر اشركك في كل ما يحصل من الأرباح من هذه التجارة في مقابل اشتغالك في خدمتها ولم يخدمها مطلقاً فليس له شيء. (الفتاوى الجديدة).

ثالثاً: لو قال شخص لآخر اشتغل في كرمي أزوجك ابنتي فجاء الرجل واشتغل في ذلك الكرم فله أخذ أجر المثل بالغاً ما بلغ. سواء أزوجه ابنته أو لم يزوجه إياها (الحامدية).

رابعاً : إذا أعطى مديون دابته إلى دائنه على أن ينتفع بها إلى أن يوفيه دينه وانتفع بها الدائن لزمه أجر المثل (علي أفندي، والهندية في الباب الثاني والثلاثين).

﴿المادة ٥٦٥﴾ لو استخدمت العملة من دون تسمية أجرة تعطى أجرتهم إن كانت معلومة وإلاّ فأجر المثل ومعاملة الأصناف الذين يماثلون هؤلاء على هذا الوجه.

لو استخدمت العملة كالحمال والصباغ والقصار والسمسار ومن شابههم ممن يعرفون بتعاطي الأعمال بالأجرة تعطى أجرتهم اليومية إن كانت معلومة وإذا لم تكن معلومة فيعطون أجرة المثل أنظر المواد (٤٥٠ و ٤٦١، ٤٦٢).

وإذا أعطاهم المستأجر زيادة عن أجرة المثل برضاه فليس له استردادها (الهندية في الباب الثاني والثلاثين، الانقروي).

ومعاملة الأصناف الذين يماثلون هؤلاء على هذا الوجه أيضاً.

مثلاً لو أرسل أحد في زماننا نحاسه إلى المبيض والمبيض بيض النحاس لزم إعطاؤه الأجرة المعروفة لكل قطعة أنظر المادة (٤٣)، كذلك لو استعان أحد بآخر في بيع ماله في السوق بدون أن يسمي له أجرة وبعد أن باع ذلك المال طلب أجرة ينظر إلى عادة ذلك السوق فإذا كان ذلك العمل يعمل بأجرة فعليه أجرة المثل وإلاّ فلا يلزمه شيء والحكم على هذا المنوال أيضاً في استخدام رجل في حانوته (رد المحتار، وأشباه).

إستخدام – طلب الخدمة. أما إذا عمل أحد ممن يعرفون بالإشتغال بالأجرة عملاً من دون طلب من صاحبه كأن ينقل رجل معروف بتعاطي حرفة الحمل بالأجرة مالاً لآخر إلى بيته من دون اذنه فليس له طلب أجرة أنظر شرح المادة (٥٦٣).

ثانياً : لو وكل أحد آخر بإحضار وديعته العين من عند المستودع وجعل له في مقابل ذلك أجرة صح ولو لم تعين لذلك مدة.

ثالثاً : لو استأجر أحد آخر لتعليم ابنه الصغير علم الصرف على أن يعطيه كذا غرشاً في السنة وعلم ذلك الشخص الصغير فله أخذ الأجر المسمى (علي أفندي).

رابعاً: تجوز الإجارة لقبض الدين والخصومة والمحاكمة إذ ذكرت المدة أما إذا لم تذكر مدة فلا تجوز (الأنقروي).

مثلاً لو استأجر أحد آخر لتحصيل دين في ذمة أحد الناس من دون تعيين مدة لإقامة الدعوى وتحصيل الدين فسدت الإجارة فلو اشتغل في إقامة الدعوى وتحصيل الدين مدة ثمانية أيام أو عشرة وحصله وسلمه إلى المستأجر فله أجر المثل على أن لا يتجاوز الأجر المسمى (علي أفندي).

خامساً : لو استأجر أحد آخر لبناء حانوت في عرصة له مملوكة من حجارته وكلسه وبين له طوله وعرضه صح الإستئجار أي أنه يجوز أيضاً بناء على تعامل الناس مقاولة بناء لإنشاء أبنية مع تعيين طولها وعرضها ومساحتها وما أشبه ذلك على أن تكون مواد البناء من المستأجر (الفيضية).

لكن لو قاول أحد بناء على إنشاء دار على أن تكون بعض مواد البناء من البناء أو كلها كما هو المتعارف في زماننا فليس بجائز وعليه لو أنشأ بناء على هذا الوجه فعلى المستأجر إعطاء قيمة مواد البناء للمستأجر مع أجرة المثل. وتعين قيمة مواد البناء كالحجارة، والخشب، والرمل والكلس وغيرها يوم الخصومة.

مثلاً لو ظهرت قيمة مواد البناء المذكورة ثلاثمائة جنيه وقيمة البناء عموماً أربعمائة فيفهم أن قيمة المواد المذكورة ثلاثمائة جنيه ومائة الجنيه الباقية أجرة إنشاء البناء وعليه لا يجوز أن تتجاوز أجرة الإنشاء أي أجرته المثلية المائة جنيه (البزازية).

والمقاولة الفاسدة التي ذكرناها آنفاً كثيرة الإنتشار في زماننا فالأبنية التي تنشئها الحكومة كلها تقريباً يصير إنشاؤها على هذه الصورة ولا يمكن حمل الناس على ترك التعامل بها مطلقاً وبما أن حمل معاملات الناس ما/أمكن على الصحة أولى من نسبتها إلى الفساد وحمل مثل هذه المعاملة على الإستصناع قابل لأن استصناع كل ما تعومل استصناعه على الإطلاق صحيح بمقتضى المادة (٣٨٩) فهل يرى فقهاؤنا هذا الحل أم أنهم يجوزون حالة أجرة العمل مقطوعة كما هو متعارف. فلهم القول الفصل في ذلك.

سادساً: يصح استئجار خادم مشاهرة. وعلى ذلك الأجير أن يقوم بتنظيف المصابيح وغسلها وتوضئة مولاه واستقاء الماء وإشعال النار في الشتاء صباحاً ومساءً وغير ذلك من الأعمال إلى بعد العشاء وإلى أن ينام الناس (رد المحتار والهندية).

في استئجار المرأة: إجارة الآدمي تشمل الرجل والمرأة على حد سواء.

للرجل أن يستأجر الرجل وللمرأة أن تستأجر المرأة. ويكره استخدام الرجل الأعزب المرأة الحرة على أن يخلو بها.

لكن لابأس من استئجار الرجل المتزوج إمرأة حرة للخدمة على أن لا يخلو بها «الهندية في الباب الحادي عشر».

نتائج استئجار الآدمي: لو عمل الأجير المستأجر على هذه الصورة العمل الذي توجبه المقاولة فالمستأجر مجبر على القبول يعني أنه لو أعطى أحد كمية من الحديد إلى حداد وقاوله على أن يعملها كذا وعملها الحداد حسب أمره فهو مجبر على قبول ما عمل أما إذا خالف أمره فيما عمله وكانت المخالفة في الجنس ضمن الحداد قيمة الحديد ويبقى له ما عمل وإذا كانت المخالفة في الوصف فصاحب الحديد مخير إذا شاء ضمنه الحديد وترك له ما صنع وإذا شاء قبله وأعطاه أجرته (الهندية في الباب الحادي والثلاثين).

لو صنع الحداد معولاً من الحديد الذي أعطي إليه ليعمل منه منحتاً ضمن الحديد المعطى إليه ويبقى المعول له وهنا لا يكون صاحب الحديد مخيراً كما مر (أنظر المادة ٨٩٩) أما إذا صنع الحداد منحتاً لقطع الحطب من الحديد الذي أعطي إليه ليصنع منه منحت نجار فلصاحب الحديد هنا الخيار. إذا شاء ضمنه الحديد وتركه له وإذا شاء قبل المنحت الذي صنع وأعطاه أجرته.

كذلك لو استأجر أحد خطاطاً لنسخ كتاب وأخطأ فيه ينظر. فإذا كان الخطأ موجوداً في كل صحيفة فله أن يقبله ويعطي الخطاط أجرة المثل على ألا يتجاوز الأجر المسمى وإذا شاء ترك للخطاط الكتاب المنقول وضمنه قيمة الورق والحبر. وإذا كان الخطأ في بعض صفحات الكتاب فقط فعليه قبوله على أن يؤدي أجرة صفحاته التي نسخت صواباً بنصيبها من الأجر المسمى وأجرة صفحات الخطأ بأجرتها المثلية (رد المحتار).

إستثناء: إنه وإن لزم في إجارة الآدمي بيان مدة الإجارة أو تعيين العمل كما ذكر في المجلة إلا أنه يستثنى من ذلك السمسار والدلال والحمامي والحكاك ومن إليهم ممن لا يمكن تقدير الوقت أو العمل في استئجارهم ويصح استئجارهم بلا بيان الوقت والمدة استحساناً لاحتياج الناس إليهم والأجرة التي تؤخذ تكون حلالاً لآخذها إذا كانت بقدر أجر المثل.

﴿المادة ٥٦٦﴾ لو عقدت الإجارة على أن يعطى للأجير شيء من القيميات لا على التعيين يلزم أجر المثل مثلاً لو قال أحد لأحد إن خدمتني كذا أياماً أعطيتك زوجاً واحداً من البقر لا يلزم البقر ويلزم أجر المثل ولكن يجوز استئجار الظئر على أن يعمل لها البسة كما جرت العادة وإن لم توصف الألبسة ولم تعرف تلزم من الدرجة الوسطى.

لو عقدت الإجارة على أن يعطى للأجير شيء من القيميات لا على التعيين يلزم أجر المثل بالغاً ما بلغ إذا استوفيت المنفعة كما جاء في المادة «٤٧١» (أنظر المواد ٤٦٠ و٤٦١ و ٤٦٢). مثلاً لو قال أحد لأحد إن خدمتني كذا أياماً أعطيتك زوجاً واحداً من البقر أو عملت لك ثياباً ولم يعين

* المرضعة أو الحاضنة

البقرتين أو نوع الثياب فقام الأجير بما أمر به من الخدمة فلا تلزمه البقرتان أو الثياب وتلزمه أجرة المثل فقط بالغة ما بلغت ولكن يجوز استئجار الظئر على أن يصنع لها ألبسة ويطعمها من دون تعيين الثياب والطعام كما جرت العادة ولا يكون عدم بيان نوع الثياب ووصفها وطولها وعرضها ونوع الطعام ووصفه مانعاً من صحة الإجارة كما يجوز استئجار الظئر ببدل معلوم.

وتلزم الثياب أو الطعام من الدرجة الوسطى إن لم توصف ولم تعرف. ولا يجوز عند الإمامين استئجار الظئر بمقابل عمل ألبسة كهذه لجهالة الأجرة أما عند الإمام الأعظم فجائز لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى النزاع نظراً لشفقة الأب على الصغير والمعتاد أن يتهاود الناس مع الظئر ويكرموها والجهالة لذاتها ليست مانعة للإجارة وإنما للنزاع الذي تفضي إليه (مجمع الأنهر، والأنقروي، علي أفندي، التنوير، رد المحتار).

أما إذا عرفت الألبسة ووصفت بما ستكون عليه لزم إعطاؤها على ما وصفت وعرفت (أنظر المادة ٤٦٥) وما تجبر الظئر على القيام به من الخدمات هو غسل الصغير وثيابه من الأقذار كالبول وطبخ طعامه. وعدم أكلها ما يفسد حليبها. أما غسل الصبي وثيابه من الأوساخ فلا يلزمها (الهندية، ورد المحتار).

وليس لها أن ترضع الصغير لبن حيوان وإن فعلت وانقضت مدة الإجارة فليس لها أجر لأن المعقود عليه الإرضاع والتربية وليس اللبن والتغذية. أي انها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الإرضاع وهذا إيجار وليس بإرضاع وفي المحيط استأجرت شاة لترضع جدياً أو ضباً لا يجوز لأن للبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الإجارة عليه وإنما تقع على فعل الإرضاع والتربية والحضانة (الزيلعي، رد المحتار).

﴿المادة ٥٦٧﴾ العطية التي أعطيت للخدمة من الخارج لا تحسب من الأجرة.

العطية التي تعطى للخادم من أحد الناس لا تحسب من الأجرة التي يأخذها من سيده..

وعليه يجب أن تعطى له أجرته على حدة لأن العطية التي تكون على هذه الصورة هبة والهبة تكون بمقتضى المادة (٨٦١) ملكاً للموهوب له بالقبض. والموهوب له في هذه الحال الخادم وليس سيده أي أن العطية لم توهب إلى السيد ولم تسلم إليه حتى يكون مالكها.

مثلاً لو استأجر أحد خادماً على أن يعطيه في الشهر كذا غرشاً ووهب أحد الناس ذلك الخادم في أيام عيد أو غيره مقداراً من الدراهم وسلمها له أصبحت تلك الدراهم الموهوبة مالاً للخادم وليس لسيده أن يقول (إن تلك الهبة لي لكونه في خدمتي ولذلك فلي أن أحسبها من أجرته).

﴿المادة ٥٦٨﴾ لو استؤجر استاذ لتعليم علم أو صنعة فإن ذكرت مدة

انعقدت الإجارة على المدة حتى أن الأستاذ يستحق الأجرة لكونه حاضراً ومهيئاً للتعليم قرأ التلميذ أو لم يقرأ وإن لم تذكر مدة انعقدت إجارة فاسدة وعلى هذه الصورة إن قرأ التلميذ فالأستاذ يستحق الأجرة وإلاَّ فلا.

إذا استؤجر أستاذ لتعليم علم كالفقه والنحو والصرف والطب والنجوم واللغة والأدب والخط والحساب أو أي صنعة فإن ذكرت مدة كالشهر والسنة وذكرت الأجرة أيضاً صحت الإجارة وانعقدت على المدة حتى أن الأستاذ يستحق الأجرة لكونه حاضراً ومهيئاً للتعليم قرأ التلميذ أو لم يقرأ «علي أفندي» لأنه لما بينت في الإجارة الأجرة وعينت المدة انعقدت الإجارة صحيحة ومتى سلم الأستاذ نفسه للتعليم وكان مستعداً للقيام بذلك مدة الإجارة استحق الأجرة لأن الأستاذ قد أصبح أجيراً خاصاً.

لكن ليس للأستاذ الإمتناع عن التعليم وإن امتنع فللمستأجر فسخ الإجارة (البزازية) (أنظر المادة ٤٢٥).

وإذا انقضى بعض مدة الإجارة ولم يتعلم التلميذ فلوليه أن يفسخها «الخانية».

وإن لم تذكر مدة انعقدت الإجارة فاسدة بمقتضى المادتين(٤٥١، ٤٦٢). وعلى هذه الصورة إن قرأ التلميذ يستحق الأستاذ أجر المثل بشرط ألا يتجاوز الأجر المسمى وإلاَّ فليس له أجرة (الهندية في الباب السادس عشر) (أنظر المادة ٤٧١).

﴿المادة ٥٦٩﴾ من أعطى أستاذاً ولده ليعلمه صنعة من دون أن يشترط أحدهما للآخر أجرة فبعد تعلم الصبي لو طلب أحدهما من الآخر أجرة يعمل بعرف البلدة وعادتها.

من أعطى أستاذاً ولده ليعلمه صنعة كنسج الأقمشة وصنع النعال وتعمير الساعات كذا مدة ولم يشترط أحدهما على الآخر أجرة أي لم يشترط الأستاذ للولد أجرة ولم يشترط الأب للأستاذ أجرة فبعد تعلم الصبي لو طلب أحدهما من الآخر أجرة يعمل بعرف البلدة وعادتها أي أنه إذا كان عرف البلدة يقضي بأخذ الأستاذ أجرة من التلميذ فللأستاذ أجرة تعليمه المثلية لأن الأستاذ قد علم التلميذ الصنعة وإذا كان العرف يقضي بإعطاء الأستاذ أجرة إلى تلميذه فلأب التلميذ أخذ أجرة ابنه المثلية في تلك المدة. لأن التلميذ قد أعان الأستاذ في كثير من أعمال صناعته في أثناء تلك المدة والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً أنظر المادتين (٣٦ و ٤٤) (الشرنبلالي والدر، ورد المحتار).

أما إذا شرط أحدهما الأجرة على الآخر فتجري المعاملة حسب الشرط ويلزم الأجر المسمى وفي هذه الحال لا ينظر إلى العرف أنظر شرح المادة (٣٧).

مثلاً لو شرط ذلك الشخص على نفسه كذا أجرة للأستاذ في مقابل تعليم ولده فعليه أداء

الأجرة التي سماها وكذلك إذا شرط الاستاذ للولد كذا غرشاً أجرة فعليه اداؤها لوالده (البزازية، والهندية – في الباب السادس عشر، والدرر، والشرنبلالي).

﴿المادة ٥٧٠﴾ لو استأجر أهل قرية معلماً أو إماماً أو مؤذناً وأوفى خدمته يأخذ أجرته من أهل تلك القرية.

لو استأجر أهل قرية معلماً ليعلم أولادهم القرآن أو الفقه أو ما أشبههما من العلوم أو إماماً ليصلي بهم أو مؤذناً أو واعظاً لينصحهم مدة معلومة وأوفى في خدمته بالفعل أو كان مهيئاً للقيام بها فله أخذ الأجر المسمى من أهل القرية أنظر المادة (٤٦٩) وإذا لم يعطوه أجرته يجبرون على ذلك إجباراً. فهذا مجموع ما أفتى به المتأخرون من مشايخنا وهم البلخيون على خلاف في بعضه مخالفين ما ذهب إليه الإمام وصاحباه من عدم جواز هذه الإجارة كما هو الحال في غير ذلك من مسائل العبادات وقد إتفقت كلمتهم جميعاً على التعليل بالضرورة وهي خشية ضياع القرآن (رد المحتار).

«إذا كانوا متهيئين للخدمة» فقوله إيفاء الخدمة ليس بقيد إحترازي لأنهم إذا كانوا في مدة لإجارة متهيئين للعمل استحقوا الأجرة عملوا أو لم يعملوا أنظر المادتين (٤٢٣ و٤٢٥) غير أنه إذا لم تعين الأجرة أو الوقت تكون الإجارة فاسدة ويلزم أجر المثل فيها إذا قام الأجير بالعمل فعلاً وذلك بمقتضى ما جاء في شرح المادة (٤٧١) . (الدر. ورد المحتار).

مثلاً إذا قاول أهل قرية أحد الناس ليصلي بهم في المكان الفلاني بكذا كيلة من الحنطة مسانهة وقام الرجل بذلك العمل في المكان المعين فله أخذ ذلك المقدار من الحنطة سنوياً من أهل تلك القرية وليس قوله (أهل قرية) قولاً أريد به الإحتراز. لأنه لو قاول إمام جامع آخر على أن يصلي بالناس مدة في ذلك الجامع نيابة عنه بكذا قرشاً مشاهرة وقام ذلك الرجل بالصلاة بالناس مدة فله الأجر المسمى لتلك المدة (النتيجة).

وكذلك لو استأجر متول على مسجد أحداً لمدة سنة للصلاة بالناس في ذلك المسجد ولايقاد المصابيح ببدل معلوم وقام ذلك الرجل مدة سنة بتلك الخدمة في ذلك المسجد فله أخذ أجرته من وقف المسجد.

وكذلك لو قاول استاذ في مدرسة لازماعه السفر إلى ديار أخرى آخر على أن يعلم تلامذة تلك المدرسة إلى الوقت الفلاني بكذا قرشاً في الشهر وقام ذلك الشخص بما شرط عليه من عمل أخذ الأجر المسمى أما إذا لم تعين مدة وأقام الرجل بالخدمة فعلاً فبما أن الإجارة هنا فاسدة أخذ أجر المثل (رد المحتار، والبزازية والأنقروي والتنقيح وعلي أفندي والبهجة).

مثلاً لو قال أحد لآخر من دون أن يبين مدة (علم ابني القرآن في منزلي كل يوم ومتى ختمه أعطيك كذا قرشاً أجرة) وعلم ذلك الشخص الولد القرآن إلى أن ختمه فله أجر المثل على ألا يزيد على الأجر المسمى .

كذلك لو قال مؤذن وقد عزم على السفر إلى بلاد أخرى إلى آخر قم بالأذان إلى أن أعود من غيابي على أن أعطيك في مقابل ذلك كذا قرشاً أجرة وقام ذلك الرجل بالأذان مدة سنة فله أخذ أجر المثل على ألا يتجاوز الأجر المسمى. أنظر المادة (٤٦٢) (النتيجة، والبهجة).

جاء في هذه المادة قوله (لو استأجر) لأنه إذا أرسل أحد ولده إلى استاذ من دون أن يستأجره لزمه أجر المثل (الهندية في الباب السادس عشر).

لو أرسل أحد ولده إلى مدرسة ليتعلم ولما تعلم مدة وكاد أن يختم القرآن أخرج ولده من عند الأستاذ حتى لا يعطي الأجرة والهدايا المعتادة فللأستاذ أخذ أجرة المثل من ذلك الرجل (التنقيح).

استئجار الآدمي للطاعة: استئجار الآدمي للطاعة والعبادة باطل لأن القربة متى حصلت تحصل للعامل وليس للآمر ولهذا لا يجوز في العبادات أخذ الأجرة من الغير (رد المحتار).

مثلاً لو استأجر أحد آخر ليصلي ويصوم له فلا يصح وبالأجرة لا يستحق الثواب لا للميت ولا للقارئ ويمنع القارئ للدنيا والآخذ والمعطي آثمان (الأنقروي، رد المحتار) ومع أن التعليم والإمامة والأذان والوعظ هي من العبادات فقد جاز استئجارها بطريق الاستثناء ولذلك فقد خصصت المجلة حكمها بها. وقد جوز المتأخرون من الفقهاء الاستئجار فيها بخلاف المتقدمين فقد قالوا بعدم جوازه. لأن المتعلمين كانوا يكافئون المعلمين في الزمن القديم من دون شرط ولا قيد عملاً بالآية الكريمة(ما جزاء الإحسان الا الاحسان) وأما اليوم فذهب ذلك واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له أيضاً فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالأجر لذهب القرآن فأفتوا بجواز ذلك ورأوه حسناً وقالوا الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان (الزيلعي) إتفقت النقول عن ائمتنا الثلاثة أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ان الاستئجار على الطاعات باطل لكن جاء من بعدهم من المجتهدين من أهل التخريج والترجيح فأفتوا بصحته على تعليم القرآن للضرورة فانه كان للمعلمين عطايا من بيت المال وإنقطعت فلو لم يصح الاستئجار وأخذ الأجرة لضاع القرآن وفيه ضياع الدين لاحتياج المعلمين إلى الاكتساب وافتى من بعدهم أيضاً من أمثالهم بصحته على الأذان والإمامة لأنها من شعائر الدين فجوزوا الاستئجار عليهما للضرورة أيضاً فهذا ما أفتى به المتأخرون عن أبي حنيفة وأصحابه لعلمهم بأن أبا حنيفة وأصحابه لو كانوا في عصرهم لقالوا بذلك. ورجعوا عن قولهم الأول وقد أجمعت أئمة المتون والشروح والفتاوى على نقلهم بطلان الاستئجار على الطاعات الا فيما ذكر وعللوا ذلك للضرورة.

ومن أراد التوسع في هذا الباب فليتفضل بمراجعة آخر كتاب الإجارة من الفتاوى المسماة (تنقيح الحامدي) (ورد المحتار).

وفي استئجار الاستاذ على ما جاء في هذه المادة لا يشترط كون التلاميذ المراد تعليمهم معلومين ومعينين «الهندية في الباب السادس عشر» أي أنه إذا لم يكن الطالبون ملومين فلا يطرأ خلل ما على صحة الإجارة وكما أن للمعلمين أخذ أجرتهم بناء على هذه المادة فلهم أيضاً أن يأخذوا الهدايا التي

تعطى عادة للمعلمين كالهدايا التي تعطى للمعلم عندما يختم الطالب القرآن أو بعض السور والهدايا التي تعطى للمعلم في الأعياد وفي غيرها وولي الطالب أي من أرسله لتعلم العلم مكلف بتأدية ذلك للأستاذ (الدر المختار).

إذا استأجر رئيس سوق أو السواد الأعظم من أهله حارساً لحراسته جاز ولزمت الأجرة على الكل ولو لم يرض به بعض أهل ذلك السوق (أنظر المادة ٣٦ متناً وشرحاً) (البزازية).

وحكم المنافع في القرى على هذا المنوال أيضاً (أشباه).

﴿المادة ٥٧١﴾ الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره مثلاً لو أعطى أحد جبة لخياط على أن يخيطها بنفسه بكذا دراهم فليس للخياط أن يخيطها بغيره وان خاطها بغيره وتلفت فهو ضامن.

أي أن الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره ولو كان وكيله أو خادماً سواء أشرط عليه عدم عملها بواسطة غيره أو لم يشترط (رد المحتار والشبلي). صورة المسألة فيها إذا قال للخياط مثلاً على أن تعمل بنفسك أو بيدك أما إذا قال على أن تعمل فهو مطلق (شلبي). لأن العمل بما أنه يختلف باختلاف الصانع جودة ورادءة فالشرط مقيد ويلزم العمل به (مجمع الأنهر، وعبد الحليم) وكذلك فالمعقود عليه في هذه الصورة بما أنه محل معين فلا يقيم غيره مقامه فعليه لو استأجر أحد اجيراً لعمل فليس للأجير أن يقيم مكانه آخر في ذلك لأنه إستيفاء للمنفعة بلا عقد. قال في العناية وفيه تأمل لأنه ان خالف إلى خير بأن استعمل من هو أصنع منه أو سلم دابة أقوى من ذلك ينبغي أن يجوزاه وأجاب السائحاني بأن ما يختلف بالمستعمل فان التقييد فيه مفيد وما ذكر من هذا القبيل وفي الخانية دفعت إليه غلامه أو تلميذه لا يجب الاجر (رد المحتار)..

ويفهم من اطلاق المجلة بقولها ليس له أن يستعمل غيره أنه ليس للأجير إستعمال من هو أحذق منه أيضاً (أنظر المادة ٤٢٧ أيضاً.)

مثلاً لو أعطى أحد جبة لخياط على أن يخيطها بنفسه بكذا دراهم فليس للخياط أن يخيطها بغيره ولو كان ابنه أو وكيله وإن خاطها بغيره فلا تلزم له أجرة وان تلفت فهو ضامن (أنظر المادتين ٧٦٢ و ٨٩٠) (رد المحتار).

مثلاً لو أعطى أحد جبة إلى خياط على أن يخيطها بنفسه وأعطاها الخياط إلى ابنه أو وكيله أو شخص آخر أجنبي ليخيطها بأجرة معلومة فليس لذلك الخياط أجرة على ذلك الشخص لعدم العقد بينهما أصلاً وعليه أداء الأجر المسمى لابنه أو وكيله، أو لـذلك الشخص الأجنبي (رد المحتار).

كذلك من استأجر ظئراً لترضع ولده فليس لها أن ترضع ذلك الولد من غيرها فان فعلت

ليس للظئر الأولى المستأجرة أجر.

كذلك لو أعطى القصار الثياب التي أعطيت إليه ليغسلها بنفسه فأعطاها إلى غيره ليغسلها فإذا تلفت ضمنها وإذا لم تتلف فليس له أجرة (أنقروي). قد قصرت هذه المادة على شرط العمل فقط لأنه لو اختلف فيما إذا شرط إتمام العمل في هذا اليوم أو في اليوم الثاني فتهاون الأجير فلم يتمه في تلك المدة المعينة وسرق المستأجر فيه من الأجير من دون أن يقصر في المحافظة عليه. فقال بعض العلماء بعدم لزوم الضمان لأن ذكر اليوم هنا إنما هو للاستعمال فقط وبعضهم قال بلزومه.

وإذا اخلف الطرفان في اليوم الذي شرط إتمام العمل فيه هل هو اليوم أو غده فينبغي أن يصدق القصار لأنه ينكر الشرط والضمان والآخر يدعيه. ثم لو شرط وقصر بعد أيام ينبغي ألا يجب الأجر إذ لم يبق عقد الإجارة بدليل وجوب ضمانه لو هلك وصار كما لو جحد الثوب ثم جاء به مقصوراً بعد جحوده (رد المحتار).

﴿المادة ٥٧٢﴾ لو أطلق العقد حين الاستئجار فللاجير أن يستعمل غيره.

أي أنه إذا لم يقيد الأجير بأن يعمل العمل بنفسه كما جاء في المادة السابقة فللاجير أن يستعمل غيره كوكيله (أنظر المادتين ٦٤ و٧٨) وسواء أعمل العمل بنفسه أو عمله بوكيله استحق الأجر. لأن المستأجر باطلاقه يكون راضياً بعمل غيره أيضاً وفي هذه الصورة لا يكون العمل المعقود عليه متعلقاً بذات الأجير بل بذمته وهذه الذمة كما يمكنه أن يوفيها بنفسه يمكنه أن يوفيها بالإستعانة بغيره قال في البحر لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن استيفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره وهو بمنزلة إيفاء الدين انتهى وقال الشبلي لأن المطلق ينصرف إلى المعتاد والمتعارف فيما لم يشترط والصناع يعملون في العادات بأنفسهم وباجرائهم فكان له أن يعمل بنفسه وأجيره وهذا لأن المعقود عليه مطلق العمل في الذمة وذلك موجود في فعله وفعل غيره فيجوز أن يوفيه باستعانة غيره كما في إيفاء الدين انتهى .

والمقصود بغيره هو وكيله كما أشير إلى ذلك في الشرح أي الشخص الذي يشتغل عنده بالأجرة.

أما إذا لم يستعمل على هذه الصورة وكيله وأعطى المستأجر فيه إلى أجنبي لم يكن أميناً له على هذه الصنعة كان الأجير الأول ضامناً بلا خلاف (أنظر المادة ٧٩٠) (رد المحتار) أما الأجير الثاني فلا يكون ضامناً عند الإمام وعند الصاحبين فللمستأجر تضمين أيهما شاء كاتلافهم في مودع المودع (رد المحتار، أنقروي، البحر).

مثلاً لو أعطى أحد نساجاً مقداراً من الحرير لنسجه والنساج أعطاه إلى نساج آخر وسرق منه الحرير فإذا كان النساج الثاني أجيراً للنساج الأول فليس على أحدهما من ضمان (أنظر المادة ٩١) أما إذا كان أجنبياً لزم النساج الأول ضمان الحرير. كذلك إذا أرضعت الظئر المسترضعة على وجه

الاطلاق الولد من أخرى استحقت الأجرة لأن الإنسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره (رد المحتار).

كذلك لو استأجر أحد آخر للمحافظة على مال فأعطاه الرجل إلى آخر ليس من أهله استحق الأجرة أيضاً لأن الأجير إذا لم يشرط عليه أن يعمل بنفسه له أن يستعمل غيره والعين وإن كانت أمانة عنده والمودع لا يلي الإيداع لكنه أمانة ضمناً والضمني يخالف القصدي (الأنقروي) (أنظر المادة ٥٤).

﴿المادة ٥٧٣﴾ قول المستأجر للأجير اعمل هذا الشغل اطلاق مثلًا لو قال أحد للخياط خط هذه الجبة بكذا دراهم من دون تقييد بقوله خطها بنفسك أو بالذات وخاطها الخياط بخليفته أو خياط آخر يستحق الاجر المسمى وان تلفت الجبة بلا تعد لا يضمن.

قول المستأجر للأجير اعمل هذا الشغل اطلاق وليس بتقييد. فعلى ذلك للأجير في هذه الصورة أن يستعمل خليفته أي الشخص الذي يشتغل عنده بالأجرة بدلًا عنه (رد المحتار).

خلاف: - إذا اختلف المستأجر والأجير فقال المستأجر إنني اشترطت على الخياط أن يخيط الثوب بنفسه وقال الخياط انك أطلقت اطلاقاً. فالقول للخياط لأنه منكر للشرط والضمان والبينة على المدعي (أنظر المادة ٧٦) (رد المحتار).

مثلًا لو قال أحد للخياط خط هذه الجبة من دون أن يقيده بعملها بنفسه كما في المادة (٥٧١) أو للصباغ أصبغها بكذا غرشاً وخاطها الخياط وصبغها الصباغ بخليفته أو استأجر لها خياطاً آخر ستحق الأجر المسمى. وان تلفت الجبة في هذه الحال بلا تعد ولا تقصير عند خليفته أو عند الخياط الذي استؤجر لخياطتها أو الصباغ الذي استؤجر لصبغها لا يضمن (أنظر المادة ٩١) (مجمع الأنهر، ورد المحتار).

في تلف الحمل بمخالفة الحمال الأمر وتوقفه عن المسير في الطريق:

لو أعطى أحد حمالاً حملًا وقال له المستأجر اذهب مع فلان وفلان وعينهما له وسار وحده في الطريق فخرج عليه قطاع الطريق وغصبوا منه الحمل ينظر فإذا كانت الطريق مخوفة لا يسير فيها الإنسان وحده ضمن الحمال وإذا لم تكن مخوفة والناس يروحون ويغدون فيها منفردين فلا يلزمه ضمان وليس للحمال أن يتأخر في الطريق عدة أيام فإن فعل عد مخالفاً وغاصباً وعليه رد نصيب القسم الباقي من الطريق من الأجرة إلى صاحب الأحمال.

وإذا لزم صاحب الأحمال مبلغ كبير أجرة للأوعية والظروف التي وضعت فيها أمتعته فيلزمه أداؤه ولا يلزم الحمال لمجرد كونه تأخر في الطريق (الهندية قبيل الباب الثامن عشر، التنقيح).

﴿المادة ٥٧٤﴾ كل ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعادتها كما أن العادة في كون الخيط على الخياط.

كل ما كان من توابع العمل في الإجارة الواقعة على العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلد الذي عقدت فيه الإجارة والمادتان (٥٥٤و ٥٧٥) متفرعتان عن هذه المادة (أنظر المادة ٣٧).

وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر للشروط فيها أنها تحمل على عادة كل بلد كالسلك على الخياط والدقيق الذي يصلح الحايك به الثوب على رد الثوب وادخال الحنطة المنزل على المكاري بخلاف الصعود بها إلى الغرفة أو السطح والإكاف على رب الدابة والحبال والجوالق على ما تعارفوه (رد المحتار).

وكما هي العادة في زماننا كون الخيط على الخياط أو تحميل الحمل عل ظهر الدابة على المكاري والحبر على الكاتب.

مثلاً لو استؤجر مكار لنقل حمل على ظهره أو على دابة فعليه الحبل للتحميل. لأن الحبل يكون لصيانة الحمل عن الوقوع. وإذا شرط عليه احضار الجولق فعليه استحضاره أيضاً. كذلك على الطباخ الذي يستؤجر لطبخ طعام لوليمة أن يصبه في أواني الأكل. وإن استؤجر لطبخ قدر خاص لا يكون ذلك على الطباخ (الهندية) في المحل المذكور.

وإذا استأجر حيوان فالاكاف والحبال والجوالق على ما تعارفوه وكذلك اللجام والسرج فيما يستؤجر للركوب من الدواب على ما تعارف الناس واعتادوه (الهندية في الباب السادس عشر).

وعلى الظئر كما جاء في شرح المادة«٥٦٦» أن تطهر الولد وثيابه من النجاسة وتطبخ له الطعام ولكن ليس عليها أن تصرف على ذلك شيئاً من مالها.

جاء في هذه المادة (ما كان من توابع العمل). لأن أجرة المحل الذي يستعمل للحمل سيأتي بيانها في التفصيلات الآتية:

فلو نقل الحمال الحمل إلى المكان المشروط ووزنه في محل آخر وسلمه إلى صاحبه هناك وبقي مدة فيه وطلب صاحب المحل أجرة تلك المدة ينظر فإن كان الحمال استأجر ذلك المحل لوضع الحمل لزمته أجرته وإن كان صاحب الحمل هو الذي استأجره لزمته هو أنظر الشرح في الفصل الثاني من الباب الثالث. وإذا لم يستأجره أحدهما لزمت صاحب الحمل أجرة ما بعد الوضع والتسليم (الهندية في الباب السابع عشر).

﴿المادة ٥٧٥﴾ يلزم الحمال إدخال الحمل إلى الدار ولكن لا يلزم عليه وضعه في محله مثلاً ليس على الحمال إخراج الحمل إلى فوق الدار ولا وضع الذخيرة في الأنبار.

يلزم الحمال أي الذي يحمل على ظهره إدخال الحمل إلى الدار ولكن لا يلزم عليه وضعه في محله ما لم يشرط عليه وحينئذ لزمه ذلك «الهندية».

مثلاً ليس على الحمال الصعود بالحمل إلى الطابق العلوي من الدار ووضع الذخيرة في الأنبار. أما الحمالون الذين يحملون الأحمال على الدواب فيلزمهم أن يحطوا عنها الأحمال ويتبع العرف والعادة في إدخالها الدار. ولا يلزم أن يصعدوا بها إلى الطابق العلوي أيضاً. ما لم يكن ثمة شرط «البزازية، والهندية في الباب السابع عشر».

﴿المادة ٥٧٦﴾ لا يلزم المستأجر إطعام الأجير إلا أن يكون عرف البلدة كذلك.

لا يلزم المستأجر إطعام الأجير من ماله مثلاً لو استأجر أحد نجاراً في هذا الزمان في الإستانة فلا يلزمه إطعامه (رد المحتار، أنظر المادة ٤٣).

وأما إذا استأجر خادماً في استانبول فلا بدّ له من إطعامه عملاً بالعرف فيها.

كذلك إذا استؤجر ظئر ولم يشترط إطعامها وكسوتها على المستأجر وقت العقد فعليها إطعام نفسها وكسوتها(البزازية، ورد المحتار) ولكن المتعارف في زماننا هو أن الظئر إذا استؤجرت على أن ترضع الولد في بيت المسترضع فعليه إطعامها.

﴿المادة ٥٧٧﴾ إن أعطي دلال مالاً ولم يبعه وبعد ذلك باعه صاحب المال فليس للدلال أخذ الأجرة وإن باعه دلال آخر فليس للأول شيء وتمام الأجرة للثاني.

إن الأجير المشترك إذا لم يعمل العمل المعقود عليه فليس له أجرة وفي ما يلي المسائل التي تتفرع عن ذلك:

أولاً، إذا قوول دلال على بيع مال بكذا قرشاً فدار به الدلال ولم يبعه وبعد ذلك باعه صاحب المال أو لم يبعه فليس للدلال أخذ الأجرة مطلقاً أنظر المادة «٤٢٤» لأن أجرة الدلالة في مقابل البيع وليست في مقابل عرضه والنداء عليه مدة لأن العرف والعادة على هذه الصورة أنظر المادة«٣٦».

ويستفاد من قوله (أن دور الدلال) مطلقاً وان نال الدلال من الدوران بالمال وعرضة على الناس ابيعه مشقة فليس له لا الأجر المسمى ولا أجر المثل.

وإن باع ذلك المال دلال آخر فليس للأول شيء لدورانه بالمال وتمام الأجرة للثاني أنظر المادة «٤٦٩»«الهندية في الباب السادس عشر».

ثانياً، لو استأجر أحد آخر لمباشرة عمل ولم يشتغل ذلك العمل بل اشتغله المستأجر بنفسه فليس لذلك الأجير من أجر يستحقه من المستأجر أصلاً. «الفيضية، والأنقروي».

اما إذا استأجر أحد آخر للبيع والشراء وعين للإجارة وقتاً جاز ولزمته الأجرة سواء أباع أو لم يبع وإذا تبين مدة فليس بجائز. وهذه المسألة خلاف المسألة المبينة في المجلة «الأنقروي، والنتيجة».

﴿المادة ٥٧٨﴾ لو أعطى أحد ماله لدلال وقال بعه بكذا دراهم فإن باعه الدلال بازيد من ذلك فالفضل أيضاً لصاحب المال وليس للدلال سوى الأجرة.

لو أعطى أحد ماله للدلال وقال بعه اليوم بكذا قرشاً فإن باعه الدلال بازيد من ذلك فالفضل أيضاً لصاحب المال لأن هذا الفضل بدل مال ذلك الشخص فكما أن ذلك المبدل كان ماله فالبدل يلزم أن يكون كذلك وليس للدلال سوى أجرة الدلالة(علي أفندي بزيادة) وإذا لم تسلم له أجرة فله أجر المثل بالغاً ما بلغ وإذا أعطى أحد ماله للدلال قائلاً إذا بعت المال بزيادة عن كذا فلك الزيادة فالإجارة فاسدة أنظر المادة(٤٥٠)(النتيجة) وحكم هذا الدلال كالأجير المشترك (البزازية).

وإذا أعطى أحد ماله للدلال قائلاً إذا بعته بأكثر من عشرة قروش فالزيادة بيننا مشتركة فإذا لم يبع المال أو باعه بعشرة قروش فقط فليس للدلال أجرة ولو ناله تعب في سبيل ذلك لأن الأمر يتضمن لنفي الأجرة إذا لم يبع المال بأكثر من عشرة قروش وإن باع المال بأكثر من عشرة فله أجر المثل على الا يتجاوز نصف تلك الزيادة (الهندية في الباب السادس عشر، والنتيجة).

﴿المادة ٥٧٩﴾ لو ظهر مستحق بعد أخذ الدلال أجرته وضبط المبيع أو رد بعيب لا تسترد أجرة الدلال.

لا يطرأ خلل على أجرة الأجير المشترك إذا قام بالعمل وسلمه إلى المستأجر وفسد بغير صنعه.

مسائل متفرعة عن ذلك:

أولاً، لو ظهر مستحق للمبيع بعد أن باعه الدلال وأخذ دلالته وضبطه المستحق بحكم الحاكم أو بغير حكم. أو رد بعيب أو اقالة أو فسخ أو بسبب آخر من الأسباب لا تسترد أجرة الدلال أنظر المادة (٤٦٩)(علي افندي، والبهجة) لأن الدلالة أجرة عمل الدلال ومتى تم العمل وأخذت الأجرة فلا تسترد حتى أنه لو لم تكن قد أعطيت الأجرة للدلال لزم اعطاؤها له.

ثانياً، لو أفسد أحد الثوب بعد أن خاطه الخياط فلا يطرأ خلل على أجرته (البزازية، والهندية).

ثالثاً، إذا هدم أحد داره بعد أن بناها البناء فليس له أن يسترد أجرته.

والمقصود من هذه المادة انفساخ عقد البيع بسبب من الأسباب بعد وجوده أما إذا ظهر مؤخراً أن البيع لم ينعقد فله استرداد الدلالة كما إذا ظهر أن المبيع وقف ولم ينعقد البيع بوجه بهذا استردت الأجرة (الأنقروي، والفتاوى الجديدة، والهندية).

﴿المادة ٥٨٠﴾ من استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذي في أرضه وبعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول آفة أو بقضاء آخر فلهم أن يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصة ما حصدوه وليس لهم أخذ أجر الباقي.

إذا اشتغل الأجير مقداراً من العمل الذي صارت مقاولته عليه استحق من الأجر المسمى بنسبة ما اشتغل.

مسائل تتفرع عن ذلك:

أولاً، من استأجر حصادين ليحصدوا زرعه الذي في أرضه وبعد حصادهم مقداراً منه لو تلف الباقي بنزول آفة أو بقضاء آخر فلهم أن يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصة ما حصدوه وليس لهم أخذ أجر الباقي.

هذه المادة تحتوي على فقرتين الأولى أن للحصادين أن يأخذوا من الأجر المسمى مقدار حصة ما حصدوه، والثانية أن ليس لهم أخذ أجر الباقي . والفقرة الأولى فرع للمادة(٤٦٩) والفقرة الثانية فرع للمادة (٤٤٣) (البهجة).

ثانياً، لو استأجر أحد آخر لحفر بئر عمقها كذا واتساعها كذا وبعد أن حفر ذلك الرجل مقداراً منها إذا اعترضته طبقة يستلزم حفرها مشقات كثيرة ونفقات باهظة ينظر فإذا كان حفرها بالآلات المستعملة لحفر الآبار ممكناً فلا ينظر إلى تلك المشقات والنفقات ويجبر الأجير على حفر البئر أما إذا لم يكن الحفر ممكناً فليس بمجبر على ذلك أما أجرة المقدار الذي تم حفره من البئر فإذا كانت البئر في بيت المستأجر لزم حصة المقدار الذي حفره وإلا فلا. أنظر شرح المادة(٤٨٢) (الهندية في الباب السادس عشر).

ثالثاً، إذا استؤجر أجير لسنة بإثني عشر جنيهاً وبعد أن خدم المستأجر ستة أشهر خرج من عنده ثم جاءه في منتهى السنة وطلب منه أجرة المدة التي خدمها عنده لزم على المستأجر أداؤها إليه.

﴿المادة ٥٨١﴾ كما أن للظئر فسخ الإجارة لو مرضت كذلك لأب الطفل فسخها إذا مرضت أو حملت أو لم يأخذ الصبي ثديها أو قاء لبنها.

كما أن للظئر فسخ الإجارة إذا مرضت كذلك لأب الطفل فسخها إذا مرضت أو حملت أو كانت بذيئة اللسان أو سارقة أو لم يأخذ الصبي ثديها أو قاء لبنها. لأن الظئر إذا مرضت أو حملت فكما أن لبنها يضر بالرضيع والرضاعة تضر بها فلذلك كان للطرفين حق فسخ الإجارة (رد المحتار والزيلعي).

وكذلك إذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها وكذا إذا عيروها به لأنها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها.

وهذا إذا أمكن معالجته بالغذاء أو بأخذ لبن الغير وإلا فليس لها الفسخ وعليه الفتوى (الزيلعي، رد المحتار).

وكما أن لطرف الصغير فسخ الإجارة إذا كان يريد السفر ولم تقبل الظئر أن تصحبه في سفره فلطرف الظئر أن يفسخ الإجارة أيضاً إذا كان طرف المسترضع يؤذيها. كذلك للمسترضع أن يفسخ الإجارة إذا ظهر له أن الظئر زانية أو مجنونة أو حمقاء. وفسخ الإجارة للزنا ناشئ عن عدم امكانها المحافظة على الصبي لانشغالها في تعاطي الفجور. (رد المحتار).

وقوله في المادة (للظئر أن تفسخ الإجارة) ليس احترازاً عن زوجها لأن الظئر إذا آجرت نفسها من دون اذن زوجها فله فسخ الإجارة بعذر أو بدون عذر. لأن للزوج أن يمنع زوجته عن الخروج من بيته ولأن الإرضاع والسهر في الليل للعناية بالصبي مضر بصحة المرضع ومذهب جمالها وعلى ذلك فللزوج أن يفسخ الإجارة ولو خيف على الصبي من الهلاك لعدم قبوله ثدي ظئر أخرى. وهذا إذا كانت الزوجية بين الظئر وذلك الرجل ظاهرة في إقراره وإقرار الظئر بها أما إذا علمت الزوجية بإقرارهما فقط فليس لذلك الرجل فسخ الإجارة المذكورة أنظر المادة (٨٧) «رد المحتار».

١ - للظئر أن ترضع الولد في بيتها ما لم يكن إرضاع الصبي في بيته معروفاً أو مشروطاً (أنظر المادتين ٤٣ والمادة ٨٢) ورد المحتار.

بعض مسائل في اختلاف المستأجر والأجير وفي أيام التعطيل للأجير:

٢ - إذا اختلف المستأجر والأجير فقال المستأجر إنني أمرت بخياطة ثوب وقال الخياط إنك أمرتني بخياطة قميص فالقول للمستأجر.

كذلك القول للمستأجر إذا اختلف مع الأجير فقال إنني أمرت بصبغ الثوب بلون أحمر وقال الأجير إنك أمرتني بصبغه بلون أصفر (رد المحتار).

٣ - لو استأجر أحد آخر لعمل ما مدة شهر فلا تدخل أيام الجمعة بناء على العرف (الهندية).

الباب السابع

في وظيفة الآجر والمستأجر وصلاحيتهما بعد العقد ويشتمل على ثلاثة فصول

الفصل الأول

في تسليم المأجور

إذا امتنع المؤجر عن تسليم العين المأجورة التي أجرت إجارة صحيحة للمستأجر يجبر على تسليمها وحتى يضيق عليه بالحبس (الخيرية) لأن الإجارة من العقود التي تلزم الطرفين.

﴿المادة ٥٨٢﴾ تسليم المأجور هو عبارة عن إجازة الآجر ورخصته للمستأجر بأن ينتفع به بلا مانع.

تسليم المأجور هو عبارة عن إجازة الآجر ورخصته للمستأجر بقبض المأجور وتسليمه والإنتفاع به بلا مانع ولا حائل. وبهذا الإذن والترخيص يحصل التسليم لأن الشيء الذي يكون في حوزة المؤجر وملكه إنما ينتقل إلى المستأجر بمثل تلك الرخصة والإذن اللذين مر الكلام عنهما.

والتسليم الحقيقي هو فعل المستأجر فليس المؤجر بمكلف-به ومسؤول عنه وعليه إذا لم يسلم المأجور إلى المستأجر فلا يجب الأجر أنظر المادة «٤٧٧».

أي وتظهر ثمرة تسليم المأجور في بدل الإيجار ومتى سلم المأجور تجب الأجرة وإذا لم يسلم فلا تجب والمواد (٥٨٣ و٥٨٤ و٥٨٥) تتفرع عن ذلك (الهندية في الباب الثاني عشر). وعدم التسليم على هذا الوجه إنما يترتب عليه عدم أخذ المؤجر أجرة.

مثلاً لو آجر أحد عقاراً له مقفلاً في مدينة وسلم مفتاحه للمستأجر في تلك المدينة ورخص له بالقبض والإستلام فيكون قد سلمه له فيجب الأجر بمضي المدة وإن لم يسكن وقيده في القنبه بأن يكون في المصر حيث قال وتسليم المفتاح في السواد ليس بتسليم للدار وإن حضر في المصر والمفتاح في يده وأقره في البحر والمنح لكنه خلاف ما أفتى به قارئ الهداية وأقره محشو الأشباه، (رد المحتار) غير أنه إذا كان ذلك العقار يفتح بالمفتاح من دون كلفة كان التسليم صحيحاً وإلا فلا «رد المحتار، ومجمع الأنهر» أنظر المادة «٢٧١» متناً وشرحاً.

وعلى ذلك لو أخذ المستأجر مفتاح العقار المأجور من المؤجر ولم يستطع ذلك الرجل فتح العقار بذلك المفتاح فلا يتحقق التسليم ولا تجري الأجرة عليه «رد المحتار، والأنقروي».

خلاف: إذا اختلف الآجر والمستأجر فقال الأجير إن التسليم تحقق لتمكنك من فتح باب العقار المأجور والمستأجر قال بعدم تحققه لأنه لم يتمكن من فتحه ولم يكن عند أحدهما بينة تثبت دعواه يحكم الحال الحاضر فإذا كان المفتاح المعطى للمستأجر موافقاً لقفل العقار فالقول للآجر وإلا فللمستأجر. أنظر المادة «١٠».

ولو برهنا فبنية المؤجر أولى. وإن كان المفتاح لا يلائم لأنه لا عبرة بتحكيم الحال متى جاءت البينة بخلافه كمسألة الطاحونة وإنما تقبل إذا كان المؤجر يدعي أنه كان يلائم الغلق ولكن غيره والمستأجر يقول لا بل لم يكن ملائماً من الأصل «رد المحتار».

وعليه لو ادعى الآجر بأن المفتاح الذي أعطاه للمستأجر ليس هذا المفتاح بل الذي أعطيته موافقاً للقفل وادعى المستأجر بأن هذا المفتاح هو الذي أخذه من الآجر وهو لم يلائم القفل من الأصل وأقام كل منهما البينة على مدعاه رجحت بينة المؤجر لأنه عند وجود البينة لا يحكم الحال الحاضر «رد المحتار».

كذلك إذا أخذ المستأجر مفتاحاً من الآجر لفتح العقار الذي استأجره وفقد منه المفتاح قبل أن يفتح العقار ثم بعد ذلك عثر عليه ينظر فإذا كان فتح العقار ممكناً به فقد تحقق التسليم وجرت الاجرة وإذا كان ذلك المفتاح لغير ذلك الباب ولم يمكن فتح العقار المأجور به مطلقاً فلا تجري الاجرة. وليس للآجر أن يقول للمستأجر كان عليك أن تكسر باب المأجور «رد المحتار».

وإذا غصب المأجور من المستأجر أثناء مدة الإجارة سقطت الأجرة مدة الغصب لزوال التسليم.

وإذا أراد الآجر تسليم المأجور بعد مضي مدة من الإجارة فحكم ذلك قد مر في شرح المادة «٤٧٧».

الإختلاف في تسليم المأجور: إذا اختلف الآجر والمستأجر بعد انقضاء مدة الإجارة فقال الآجر قد سلمتك المأجور وقال المستأجر إنك لم تسلمني إياه وبقي في يدك مدة الإجارة رجحت بينة الآجر وإذا لم تقم بينة فالقول مع اليمين للمستأجر أنظر المادة «٧٦» «الحضالي».

ولو اتفقا على أنه سلم في أول المدة أو المسافة واختلفا في حدوث العارض فقال المستأجر عرض لي مانع عن الإنتفاع به من غصب مثلاً وجحد المؤجر ذلك فإن كان العارض قائماً عند الخصومة فالقول قول المستأجر مع يمينه على علمه ولو اتفقا على حدوث المنع واختلفا في مدة بقاء المانع فالقول قول المستأجر (الهندية في الباب الخامس والعشرين).

﴿المادة ٥٨٣﴾ إذا انعقدت الإجارة الصحيحة على المدة أو المسافة يلزم

تسليم المأجور للمستأجر على أن يبقى في يده متصلاً ومستمراً إلى انقضاء المدة أو ختام المسافة مثلاً لو استأجر أحد مركبة لكذا مدة أو على أن يذهب إلى المحل الفلاني فله أن يستعمل المركبة المذكورة في ظرف تلك المدة أو إلى أن يصل ذلك المحل وليس لصاحبها أن يستعملها في تلك الأثناء في أموره.

إذا انعقدت الإجارة الصحيحة على المدة أو المسافة يلزم تسليم المأجور للمستأجر على أن يبقى في يده متصلاً ومستمراً إلى انقضاء المدة في الصورة الأولى وختام المسافة في الصورة الثانية وذلك لازم لوجوب الأجرة حتى أنه إذا ظهر حال مانع سقطت أجرة مدة المنع لأنه كما صار بيانه يلزم للزوم الأجرة في الإجارة الصحيحة الإقتدار على استيفاء المنفعة والتمكن منها ومتى أخذ المأجور من المستأجر فلا يبقى مقتدراً على استيفاء المنفعة. مثلاً لو استأجر أحد كسر مركبة لكذا مدة أو على أن يذهب بها إلى المحل الفلاني فله أن يستعمل المركبة المذكورة في ظرف تلك المدة أو إلى أن يصل ذلك المحل وليس لصاحبها أن يستعملها في تلك الأثناء في أموره أو أن يمسكها عنده أو أن يؤجرها من آخر أو يعيرها إليه.

فإذا أخذها صاحبها بلا إذن تسقط أجرتها عن المدة التي تبقى فيها في يده كما أنه لو أخذها بإذن المستأجر تسقط أجرة المدة التي تبقى فيها في يده. وللمستأجر في هاتين الصورتين أن يسترد المأجور من المؤجر. وتأخذ الأجرة في الإستمرار منذ الإسترداد. وليس قوله إذا أخذها صاحبها أريد بـه الإحتراز لأن الأجرة تسقط أيضاً إذا غصب المأجور غاصب من المستأجر في أثناء مدة الإجارة وقد مر بيان ذلك في شرح المادة الآنفة .

وفي ذلك أربع صور:

١ - أخذ المؤجر المأجور بدون إذن المستأجر.
٢ - أخذ المؤجر المأجور بإذن المستأجر.
٣ - أخذ أجنبي المأجور بلا إذن المستأجر.
٤ - أخذ أجنبي المأجور بإذن المستأجر.

[تسقط الأجرة في الصور الأولى الثلاث أما في الصورة الرابعة فتكون لازمة]

إختلاف: إذا اتفق الطرفان على وقوع تسليم المأجور في ابتداء مدة الإجارة ولكنهما اختلفا في حدوث المانع للإنتفاع يحكم الحال الحاضر فإذا كان المانع المذكور موجوداً وقت الخصومة فالقول مع اليمين للمستأجر.

وإذا لم يكن موجوداً فالقول مع اليمين على عدم العلم للمؤجر (أنظر المادة ١٠).

أما إذا اتفقا على حدوث المانع واختلفا في مدة بقائه فقط فالقول للمستأجر (الهندية).

﴿المادة ٥٨٤﴾ لو آجر أحد ملكه وكان فيه ماله لا تلزم الأجرة ما لم يسلمه فارغاً إلا أن يكون قد باع المال من المستأجر أيضاً.

لو آجر أحد ملكه وكان فيه ماله فالإيجار صحيح والمؤجر بمقتضى المادة (٥٢٣) مجبر على إخلاء المأجور وتسليمه للمستأجر وما لم يسلمه فارغاً لا تلزم أجرة (أنظر المادة ٤٧٧) إلا أن يكون قد باع المال من المستأجر أيضاً. أي يجب أن يسلمه فارغاً أو أن يكون باعه من المستأجر حتى يكون التسليم صحيحاً وتلزم الأجرة. كما لو آجر أحد حانوته من آخر واشتغل المستأجر في ذلك بالإشتراك مع الآجر فلا تلزم المستأجر أجرة. لأن التسليم على هذه الصورة غير صحيح.

كذلك لو استأجر أحد داراً وقبضها وكان بعض أقسام الدار المذكورة مشغولاً بأمتعة الآجر سقط من الأجرة بمقدار المكان المشغول من الدار.

كذلك لو آجر أحد أرضه وهي مشغولة بزرعه وسلمها للمستأجر فكما لا يلزم المستأجر أجرة فلا يلزم الزوج الذي يستأجر داراً من امرأته ويسكنها هو وامرأته معاً أجرة لزوجه (**البهجة**، الأنقروي البزازية، الهندية).

﴿المادة ٥٨٥﴾ لو سلم الآجر الدار ولم يسلم حجرة وضع فيها أشياءه يسقط من بدل الإجارة مقدار حصة تلك الحجرة والمستأجر مخير في باقي الدار وان أخلى الآجر الدار وسلمها قبل الفسخ تلزم الإجارة يعني لا يبقى للمستأجر حق الفسخ.

لو سلم الآجر الدار للمستأجر ولم يسلمه حجرة وضع فيها اشياءه أو أخذ حجرة من الدار بعد أن سلمه الدار جميعها سقط من بدل الاجارة مقدار حصة تلك الحجرة. وحصة الحجرة من الاجرة تعلم بالطريقة الآتية:

فإذا كان معيناً لكل حجرة أجرة على حدة فذلك البدل يكون حصة تلك الحجرة من بدل الإجارة كقول الآجر هذه الدار ذات عشر حجر وقد أجرت كل غرفة منها بريال وإذا لم تكن أجرة كل حجرة معينة على حدة وعين بدل الدار جميعها فتعين أجرة تلك الحجرة بالنسبة وذلك كما لو كانت أجرة الدار المثلية بحجراتها جميعها اثني عشر ريالاً وأجرتها المثلية ما عدا تلك الحجرة عشر ريالات فبما أن الريالين خمس العشرة فيكون ما يصيب تلك الحجرة من الأجرة خمس الأجر المسمى. كذلك لو سكن المؤجر في الدار المأجورة مع المستأجر سقط من الأجرة ما يصيب المقدار الذي يسكنه المؤجر من الدار.

ويكون المستأجر مخيراً في باقي الدار لتفريق الصفقة فإن شاء فسخ الإجارة وإن شاء سكن الحجر الباقية بحصتها من الأجرة (أنظر المادة ٥١٣) وإن شاء أجبر الآجر على اخلاء المأجور جميعه.

وإذا أخلى الآجر الدار من أمتعته أي إذا أخلى تلك الحجرة لزمت الإجارة أي أنه يسقط حق المستأجر في الفسخ (أنظر المادة ٢٤).

وعدم الإنتفاع بالحجرة المذكورة ناشئ عن فعل الآجر وعليه يسقط مقدار حصتها من الأجرة أما عدم الإنتفاع الوارد في المادتين (٥١٩و ٥٢١) ليس بفعل الآجر (البزازية والهندية)

وليس للآجر بعد ذلك أن يتصرف بالمأجور. مثلاً لو أراد الآجر ربط دابته في المأجور فليس له ذلك بعد تسليمها للمستأجر إلا بإذنه وان ربطها من دون إذن ضمن كل خسارة تسببها (أنظر المادة ٥٢٨). (الهندية في الباب الثاني والعشرين).



الفصل الثاني

في تصرف العاقدين في المأجور وبدل الإجارة بعد العقد

﴿المادة ٥٨٦﴾ للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض إن كان عقاراً وإن كان منقولاً فلا.

للمستأجر على قول إيجار المنافع التي يقتدر على استيفائها من آخر غير المؤجر بناء على الصلاحية المعطاة له في المادة الآتية قبل القبض إن كان المأجور عقاراً (أنظر المادة ٢٥٣)(الهندية في الباب السابع).

فمنهم من قال بعدم جوازه بالإتفاق لأنه إذا تلفت المنفعة المعقود عليها في الإجارة بهلاك المأجور يحصل غرر الإنفساخ فما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته لأن الإجارة هي بيع المنفعة ومنهم من قال بجوازه على قول وقد أخذت المجلة بهذا القول في هذه المادة وقد جاء في واقعات المفتين: (وإجارة العقار قبل القبض قيل على الخلاف وقيل لا يجوز بلا خلاف لأن المعقود عليه في الإجارة المنفعة ومنفعة العقار يتصور هلاكها قبل القبض بهلاك البناء فيتمكن فيه الغرر وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته لأنها بيع منفعة فلا يجوز كبيع العين لأنه يتمكن غرر انفساخ العقد في الإجارة بهلاك المستأجر) انتهى.

مثلاً لو آجر أحد الدار أو الأرض التي استأجرها لمدة معلومة قبل القبض من آخر صح إذا رخص المؤجر الأول للمستأجر الثاني بالقبض (الأنقروي).

إذا كان بدل الإيجار خلاف جنس بدل الإجارة الثاني أو معادل له أو أقل فيحل بدل الإجارة الثاني للمستأجر وإذا كان زائداً وكان المستأجر الأول زاد في المأجور شيئاً وإن كلس الدار المستأجرة فتحل له أيضاً وإلا فيلزمه أن يتصدق بالزيادة. كنس الدار لا يعد زيادة.

وقد جاء في الباب السابع من الهندية لو آجرها بمثل ما استأجرها أو أقل وإن آجرها بأكثر مما استأجرها فهي جائزة أيضاً إلا أنه إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأجرة الأولى فإن الزيادة تطيب له ويتصرف بها وإن كانت من خلاف جنسها طابت له الزيادة ولو زاد في الدار زيادة كما لو وتد فيها وتداً أو حفر فيها بئراً أو طيناً أو أصلح أبوابها أو شيئاً من حوائطها طابت له الزيادة أما الكنس فإنه لا يكون له زيادة وله أن يؤاجرها من شاء إلا الحداد وما أشبه ذلك مما يضر بالبناء ويوهنه الخ.

وقوله المنافع التي يقتدر على استيفائها: لأنه ليس للمستأجر أن يؤجر المأجور على أن يستوفي من منافع المأجور ما ليس بمقتدر هو على استيفائه. مثلاً لو استأجر أحد داراً للسكنى فليس له أن يؤجرها على أن تستعمل حانوتاً لحداد أو لوضع طاحون.

وقوله من آخر- لأن المستأجر إذا آجر الشيء المأجور من مؤجره لا يكون صحيحاً، سواء أكان ذلك قبل القبض أو بعد القبض وسواء أكان المؤجرَ صاحب المال أو مستأجراً. وسواء أكان في المسألة شخص ثالث أو لا. لأن المستأجر يقوم في المنفعة مقام المؤجر وإيجار المأجور من الآجر تمليكه منافع ملكه وهذا لا يجوز شرعاً(رد المحتار).

مثلاً لو آجر أحد داره من آخر وآجرها هذا من الآجر الأول فلا يصح ولا يطرأ على الإجارة الأولى خلل لأن الإجارة الثانية فاسدة فلا تقدر على رفع الأولى الصحيحة. ولا تلزم المستأجر أي المؤجر الأول أجرة. ولكن إذا قبض الآجر المأجور من المستأجر بسبب هذه الإجارة الثانية وبقي في يده سقطت الأجرة عن المستأجر. على أن للمستأجر استرداد المأجور في أي وقت أراد (التنقيح والأنقروي، ورد المحتار، والهندية). لكن إذا لم يقبضه فلا تسقط الأجرة.

كذلك الحكم على هذا المنوال فيما إذا أعار المستأجر المأجور إلى الآجر. أي أن المأجور إذا بقي في يد الآجر تسقط الأجرة وللمستأجر استرداده في أي وقت أراد. وكذلك الحكم في استئجار الوكيل بالإيجار المأجور من المستأجر (أنظر المادة ٤٧٧)(الأشباه، والأنقروي، والهندية).

واذا تقايل المستأجر الأول والآجر الإجارة بعد أن آجر المستأجر المأجور من آخر وسلمه إياه فالإقالة صحيحة وتنفسخ الإجارة الأولى والثانية كما مر في شرح المادة (٤٤٣) وإذا كان المأجور منقولاً فليس للمستأجر إيجاره من آخر قبل القبض «الهندية في الباب السابع».

هذا وبعد بيان التصرف بالمأجور قبل القبض نأتي على التصرف بالأجرة قبل القبض فيما يلي:

أولاً: للآجر أن يشتري متاعاً من المستأجر في مقابل بدل الإجارة الثابت في ذمته (البزازية).

ثانياً: إذا كانت الأجرة عروضاً أو حيوانات أو مكيلات أو موزونات معينة فليس للآجر أن يبيعها من المستأجر قبل القبض كما ليس له أن يبيعها من غيره كذلك.

ثالثاً: إذا كانت الأجرة غير معينة أي ديناً ثابتاً في الذمة كالموزونات التي تلزم بشرط التعجيل أو استيفاء المنفعة فليس للآجر أن يبيعه من آخر قبل القبض وله أن يبيعه من المستأجر وإذا كان المال المأخوذ من المستأجر في مقابله عيناً يجوز حسب حكم الفقرة الأولى من هذه المادة أما إذا لم يكن عيناً بل كان ديناًفيجب القبض في المجلس فإذا حصل افتراق قبل القبض ينقض البيع «الهندية في الباب الرابع».

رابعاً: إذا وهب المؤجر الأجرة التي تكون ديناً للمستأجر أو ابرأه منها فإذا كان مشروطاً أن

(١) وإذا حصلت الزيادة على غير هذا الوجه فهي ديانة حرام لأنه ربا (المعرب).

تكون معجلة أو كانت المنفعة قد استوفيت صح ذلك ولا يطرأ على الإجارة خلل. أما إذا لم تكن الأجرة معجلة والمنفعة لم تستوف أيضاً فلا تجوز هبة المؤجر وإبراؤه أيضاً على رأي الإمام الثاني ابي يوسف. ولا يطرأ خلل على عقد الإجارة. سواء أكانت الأجرة ديناً أو عيناً أنظر شرح المادة (٤٦٦).

ولو ابرأ الآجر المستأجر من الأجرة كلها أو وهبها له بعد استيفاء نصف المنفعة صح في النصف فقط على رأي الإمام المشار إليه وفي النصف الباقي لا يكون صحيحاً ولو ابرأه عن الكل إلا درهماً صح بالإجماع لأنه بمنزلة الحط (الهندية).

﴿المادة ٥٨٧﴾ للمستأجر إيجار ما لم يتفاوت استعماله وانتفاعه باختلاف الناس لآجر.

للمستأجر إيجار المأجور كالدور والأراضي ما لم يتفاوت استعماله باختلاف المستعملين الإنتفاع به على أن تستوفى المنفعة التي يقتدر على استيفائها في مدة الإجارة ولو ببدل زائد عن بدل الإجارة وإعارته أو إيداعه ولو شرط المؤجر أن يستعمله المستأجر بنفسه وإن ليس له إيجاره من غيره (التنقيح) هذه المادة لا تفيد حكماً غير حكم المادة (٤٢٨). والمادة (٥٢٨) متفرعة عنها.

بعض مسائل متفرعة عن هذا:

أولاً: لو استأجر أحد حماماً على أن يشتغل فيه بنفسه ثم بعد ذلك آجره من آخر وسلمه إياه فليس للآجر الأول أي لصاحب الحمام أن يفسخ الإجارة قبل تمام مدتها بداعي أن المستأجر لم يضبطه هو وآجره من آخر فلا يرضى بذلك (البهجة).

وليس للآجر أن يطلب الأجرة التي على المستأجر الأول من المستأجر الثاني بل له أن يطلبها من المستأجر الأول «فتاوى ابن نجيم» أنظر الشرح المحرر في أول الفصل الثاني في الباب الثاني.

ثانياً: إذا آجر المستأجر المأجور معجلاً وكان قد استأجره مؤجلاً فليس **للمؤجر أن يطلب** الأجرة معجلة سواء كانت من المستأجر الأول أو المستأجر الثاني.

ثالثاً: إذا كان المستأجر الثاني مقراً باستئجاره من المستأجر الأول فليس له أن يقول للمستأجر الأول أن المأجور ليس مالك وما لم تثبت أنه مالك فلا اعطيك أجرته (التنقيح).

وقوله (ما لم يتفاوت استعماله وانتفاعه) لأن ما يتفاوت استعماله وانتفاعه كالثياب والحلي ودواب الركوب لا يصح للمستأجر إيجاره من آخر أو إعارته أو ايداعه. أنظر المادة (٤٢٧) (**الهندية**)

مثلاً لو استأجر أحد دابة على أن يركبها بنفسه فليس له أن يؤجرها أو يعيرها لآخر على أن تحمل أو تركب أنظر المادتين(٥٣٦و ٥٥١) والفقرة الأخيرة من المادة (٥٥٢) (البزازية).

لكن لو استأجر أحد الشركاء في بيدر دابة لنقل ذلك البيدر وبعد أن استلمها سلمها إلى أحد

شركائه لينقل عليها البيدر وعطبت الدابة فإذا كان متعارفاً ومعتاداً استعمال الشريك الدابة التي يستأجرها شريكه فلا يلزم ضمان أنظر المادة (٣٦)(الهندية في الباب السابع).

وقوله (ما يقتدر على استيفائه فلذلك ليس له أن يؤجر المنافع التي يقتدر على استيفائها).

وقوله (بمقدار مدة الإجارة) لأنه ليس له أن يؤجره لمدة أكثر من مدة الإجارة مثلًا لو استأجر أحد عقاراً لسنة فليس له أن يؤجره من آخر لسنتين فإن فعل وانقضت مدة الإجارة الأولى تفسخ الإجارة الثانية. لأنه لما كان المستأجر في إيجار المأجور لأكثر من سنة فضولياً فلصاحب المال فسخ الإجارة (الهندية في الباب العشرين).

وقوله (ولو ببدل زائد) إذ أن للمستأجر الذي يستأجر شيئاً بكذا قرشاً أن يؤجره بأكثر من ذلك البدل وعلى هذا الوجه إذا كان البدل الذي استأجر به مختلف الجنس عن البدل الذي أجر به فالزيادة تكون حلالاً (علي أفندي) أنظر شرح المادة (٥٨٦).

﴿المادة ٥٨٨﴾ المستأجر بإجارة فاسدة إذا آجر ذلك المأجور لآخر بعد القبض بإجارة صحيحة جاز.

ولكن يشترط في ذلك أن يكون المأجور مما يجوز للمستأجر إيجاره من آخر حسب المادة السابقة وقد جوز إيجار المأجور باجارة فاسدة بعد القبض على قول.

وعلى ذلك فللمستأجر أن يأخذ الأجر المسمى من ذلك الشخص الذي آجر منه المأجور أما هو فعليه أن يعطي إلى آجره أجر المثل (رد المحتار).

إلا أنه يحق للمؤجر الأول أن ينقض الإجارة الثانية لفساد الإجارة الأولى ويسترد المأجور (الهندية في الباب السابع والأشباه). مع أنه لا يحق للبائع أن يفسخ البيع في مثل ذلك (أنظر المادة ٣٧٢).

والفرق بينهما هو: ان الفاسد من المبيع يملك بالقبض وأما في الإجارة الفاسدة فلا يمكن قبض المنافع المعقود عليها حتى أن المستأجر الأول إذا استوفى المنافع كاملة فليس له إجارتها لآخر إذ تكون قد انقضت مدة الإجارة وقد جاء في البحر أنه بين الإجارة والبيع فرق فان الفاسد من البيع يملك بالقبض والفاسد من الإجارة لا يملك المنافع بالقبض حتى لو قبضها المستأجر ليس له أن يوآجرها.

ولو آجرها وجب أجر المثل ولا يكون غاصباً وللآجر الأول أن ينقض هذه الاجارة وعلى قول إن الإجارة الثانية غير صحيحة. . وعلى كلا القولين للمؤجر الأول فسخ الإجارة الثانية. والفرق بين القولين هو: للمستأجر الأول على القول الأول أن يأخذ من مستأجره الأجر المسمى وعلى القول الثاني أجر المثل.

﴿المادة ٥٨٩﴾ لو آجر أحد ماله على مدة معلومة من آخر إجارة لازمة ثم

أجره أيضاً تلك المدة مرة ثانية من غيره لا تنفذ الإجارة الثانية ولا تعتبر.

لو آجر أحد مالاً له عقاراً أو منقولاً على مدة معلومة ببدل معلوم إجارة لازمة ثم آجر أيضاً ذلك المال تلك المدة نفسها مرة ثانية من غير المستأجر فلا يطرأ خلل على الإجارة الأولى ولا تكون الإجارة الثانية نافذة ولا منعقدة وتكون غير معتبرة بتاتاً لا في حق الآجر ولا المستأجر الأول. ويتفرع عن عدم نفاذه في حق المستأجر مسألتان:

١ - بما أن إجارة الآجر ثانية على هذه الصورة تكون موقوفة بحق المستأجر الأول فله إذا شاء أن يجيزها والأجرة تكون له أي أنها تكون ملكه وإذا شاء فسخها وأبطلها.

٢ - لو أن المدعيين أدعيا الإجارة من شخص آخر فأقر المدعى عليه بإجارة أحدهما وأنكر إجارة الآخر لم يكن للمدعي الآخر أن يحلفه لأنه إذا حلفه ونكل عن الحلف بعد أن ثبتت إجارته للمدعي الأول بإقراره يكون ذلك بمثابة إجارته المأجور مرة ثانية لآخر بعد أن آجره مرة أولى مع أن الإجارة الثانية غير صحيحة (خانية).

ويتفرع عن عدم نفاذها في حق الآجر أيضاً المسألة الآتية:

لو آجر المؤجر المأجور ثانية من غير المستأجر الأول وسقط حق المستأجر الأول بانفساخ الإجارة الأولى بالإقالة أو بغيرها فلا يلزم الآجر تسليم المأجور للمستأجر الثاني بخلاف ما لو باع المستأجر فإنه لو انفسخت الإجارة ينعقد البيع (حموي) أي أن هذه الصورة غير مقيسة على المادة الآتية. (البزازية والأشباه).

وليس قوله (إجارة لازمة) المشتمل على معنى الصحة قيداً احترازياً. لأن الإجارة الأولى إذا كانت فاسدة فبما أنه يجري في الإجارة الفاسدة حكم الإجارة الصحيحة ما لم تفسخ بحكم الحاكم أو برضاء الطرفين يكون الحكم على المنوال المشروح آنفاً (الخيرية).

غير أن هذا القيد احتراز عن أن يكون للمؤجر خيار شرط لأنه لو آجر أحد ماله من شخص على أن يكون له الخيار كذا أياماً وفي خلال مدة الخيار آجره من غيره انفسخت الإجارة الأولى ونفذت الإجارة الثانية. لأن المؤجر إذا كان مخيراً وآجر المأجور من آخر في مدة الخيار عد ذلك منه فسخاً للأجارة فعلاً.

وقوله (تلك المدة) لأنه لو آجر المؤجر ثانية مدة أخرى غير تلك صح. مثلاً لو أجر أحد ماله من آخر وبعد أن انقضت مدة الإجارة وقبل أن يخلي المستأجر المأجور أجره صاحبه من آخر تصح الإجارة ولا تحسب على المستأجر أجرة ما لم يسلم المأجور له فارغاً (البزازية).

كذلك لو آجر أحد داره في غرة محرم من آخر الشهر ثم آجر تلك الدار في الشهر المذكور من غيره لشهر صفر فالإجارتان صحيحتان. فتسلم الدار أولاً للمستأجر الأول وبعد انقضاء شهر محرم

المذكور وانتهاء مدة الإجارة تسلم للمستأجر الثاني في غرة صفر (أنظر المادة ٤٤٠)(الهندية في الباب الثالث).

وقوله (فليس له إيجار ذلك المال) إذ للآجر إيجار ماله لآخر.

مثلاً لو آجر أحد حجرة من داره فله إيجار تلك الدار لمستأجر آخر غير تلك الغرفة المؤجرة (التنقيح) وقوله لغيره - لأن إيجارها للاجر نفسه هنا غير معقول لأن المؤجر لا يكون مؤجراً ومستأجراً معاً.

﴿المادة ٥٩٠﴾ لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستأجر يكون البيع نافذاً بين البائع والمشتري وان لم يكن نافذاً في حق المستأجر حتى انه بعد إنقضاء مدة الإجارة يلزم البيع في حق المشتري وليس له الامتناع عن الاشتراء إلا أن يطلب المشتري تسليم المبيع من البائع قبل انقضاء مدة الإجارة ويفسخ القاضي البيع لعدم إمكان تسليمه وان أجاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حق كل منهم ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل إليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الإجارة الذي كان أعطاه نقداً ولو سلم المستأجر المأجور قبل استيفائه ذلك سقط حق حبسه.

لو باع الآجر المأجور بدون اذن المستأجر لا يكون البيع نافذاً بحق المستأجر ولا تنفسخ الإجارة أي أنه يكون موقوفاً على إجارة المستأجر أو فك الإجارة وان كان نافذاً بين البائع والمشتري وسواء أكان المشتري عالماً بأن المبيع مأجور أو لا.

وليس للمستأجر أن يفسخ البيع بنفسه وان فعل فلا حكم لفسخه لأن عدم نفاذه في حق المستأجر إنما للمحافظة على حقه وهذا يحصل بعدم نفاذ البيع وإعطاء المستأجر الصلاحية بالفسخ زائد عن اللزوم فعليه إذا لم يجز المستأجر ذلك البيع والتسليم أو فسخه ثم عاد وأجازه كانت الإجازة جائزة (البزازية) حتى أنه بعد انقضاء مدة الإجارة يلزم البيع لكونه نافذاً بين البائع والمشتري كما مر وليس للمشتري الامتناع عن الاشتراء أي عن قبول المبيع لأن البيع من العقود التي تلزم الطرفين ما لم يطلب المشتري تسلم المبيع من البائع وقبل لزوم البيع بانقضاء مدة الأجارة ويفسخ القاضي البيع لعدم إمكان تسليمه المبيع بسبب كونه مأجوراً لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضي (العناية، ورد المحتار في باب التصرف في الرهن، والهندية في الباب التاسع عشر) ولا ينقلب بعد ذلك إلى الصحة بانقضاء مدة الأجارة (أنظر المادة ٥١).

واستعمال المشتري هذا الحق أي مراجعة القاضي لفسخ البيع على قول عند الطرفين (الإمام الأعظم والإمام محمد) مطلقاً سواء أكان المشتري عالماً عند الاشتراء بأن المبيع مأجور أو لا

فللمشتري أن يطلب تسليمه المبيع على هذا الوجه ويطلب من القاضي أن يفسخ البيع عند عجز البائع عن تسليم المبيع (الخيرية) وعند أبي يوسف يحق للمشتري فسخ البيع إذا كان غير عالم بالإجاره أما إذا كان عالماً فليس له الفسخ. يفهم من ذكر المجلة حق الفسخ بصورة مطلقة أنها قبلت قول الطرفين. كما أن ظاهر الروايات والصحيح والمفتى به هو قول الطرفين في ذلك (الهندية).

فعلى ذلك إذا فسخ الحاكم البيع على الوجه المشروح ثم رد المشتري المبيع إلى المؤجر البائع بخيار البيع فلا تعود الإجارة ما لم يكن هذا الرد بطريق الفسخ وإذا كان هذا الرد بطريق الفسخ فلا تعود الإجارة أيضاً على قول وتعود على قول آخر (هندية في الباب التاسع عشر).

فلو باع المستأجر حق الفسخ ثم أن المشتري رد المأجور على الآجر بعيب ان لم يكن بطريق الفسخ لا تعود الإجارة ولا بشكل فان كان الرد بطريق الفسخ هل تعود الإجارة صارت واقعة الفتوى أفتى القاضي الإمام الزربخري أنها لا تعود قال رحمه الله تعالى وأفتى جدي شيخ الإسلام عبد الرشد بن الحسين أنها تعود (الهندية في الباب التاسع عشر).

وإن أجاز المستأجر البيع يكون نافذاً في حق كل منهم أي كل من البائع والمشتري والمستأجر وتفسخ الإجارة ولا تعود بعد إنفساخها على هذه الصورة إذا رد المشتري المبيع إلى البائع بطريق غير طريق الفسخ بخلاف ما لو رده به (البزازية). ولكن لا يؤخذ المأجور من يده ما لم يصل إليه أي يرد إليه مقدار ما لم يستوفه من بدل الإجارة الذي كان أعطاه نقداً للآجر ورضاء المستأجر بالبيع على هذه الصورة إنما هو رضاء بفسخ الإجارة ولا يسقط حقه في حبس المأجور (الهندية).

وعلى ذلك فللمستأجر بعد إجازته البيع أن يمسك المأجور في يده لاسترداد بدل الإجارة.

ولو سلم المستأجر المأجور للمشتري قبل إستيفائه ذلك البدل سقط حق حبسه. حتى أن المؤجر لو باع المأجور وسلمه بدون اذن المستأجر ثم أجاز المستأجر البيع والتسليم فلا يبقى له حق حبس المأجور أما إذا أجاز البيع فقط فلا يسقط حق حبسه.

وإذا باع المؤجر الدابة المستأجرة من أحد وسلمه إياه بلا أذن المستأجر ومن دون عذر وعطبت في يد المشتري فليس للمستأجر أن يضمن المشتري قيمة تلك الدابة (الهندية في الباب الثاني والثلاثين وفي الباب التاسع البزازية).

ولنراجع التفصيلات الواردة في شرح المادة (٣٥٥) في شأن هذه المادة.

وقيل في المجلة بدون أذن المستأجر لأن الآجر إذا باع المأجور باذن المستأجر نفذ ولو رخص المستأجر بيع المأجور من أحد الناس وباعه الآجر من غيره فالبيع يكون نافذاً- أيضاً أما لو أذن المرتهن الراهن ببيع الرهن من أحد فليس له أن يخالفه إلى غيره فان فعل فلا يجوز (رد المحتار في باب التصرف في الرهن).

والفرق: هو أنه ليس للمستأجر حق في بدل المأجور أي ان المؤجر لو استبدل حانوته بحانوت

آخر بجانبه وأجاز المستأجر هذا البيع فليس له أن يطلب اتمام مدة الإجارة في الحانوت الثاني. أما إذا بيع الرهن وأجازه المرتهن فيكون ثمن الرهن رهناً وعلى ذلك فلو قال المرتهن للراهن بع الرهن من فلان وعينه له فليس له أن يبيعه من غيره إذ قد يكون الذي عينه المرتهن أغنى من الذي يريد الراهن بيع الرهن منه فلذلك كان تعيين المرتهن للمشتري صحيحاً ومعتبراً وليس للراهن مخالفته.

وليس قوله إذا باعه قيداً أريد به الاحتراز لأن الآجر لو أقر بأن الدار المأجورة مثلاً ملك لفلان فاقراره ينفذ في حقه ويكون باطلاً في حق المستأجر. وعليه متى انقضت مدة الإجارة تسلم الدار المذكورة للمقر له أما قبل ذلك فليس له مداخلة فيها (رد المحتار) أنظر المادة (٧٨).

في طلب المشتري الأجرة وأخذها من المستأجر في بيع المأجور:

إذا باع أحد داره المأجورة من آخر وبعد مدة اخذ المشتري أجرة من المستأجر فالأجرة ملك للمشتري لأن الإجارة مستقلة. ولو وعد المشتري البائع قائلاً إنك متى رددت إلي الثمن أرد إليك المبيع وأحسب لك ما أخذته من الأجر من أصل الثمن فلا يجبر المشتري على إنجاز وعده هذا بأن يحسب ما قبضه من الأجرة من أصل ثمن المبيع وان أنجز وعده فيكون قد أحسن. وإذا شرط وعد كهذا في البيع حين العقد كان البيع فاسداً (الهندية في الباب السابع).

الفصل الثالث

في بيان المواد المتعلقة برد المأجور وإعادته

﴿المادة ٥٩١﴾ يلزم المستأجر رفع يده عن المأجور عند انقضاء الإجارة.

لا يبقى للمستأجر من حق في المأجور متى انقضت الإجارة فعليه بعد تمام المدة. أولاً: أن يرفع يده عن المأجور أي ألا يستعمله. ثانياً: أن يسلمه إلى المؤجر بمجرد طلبه. وذلك كما يأتي:

يلزم المستأجر برفع يده عن المأجور أي عدم استعماله إياه عند انقضاء مدة الإجارة وليس عليه رده إلى الآجر سواء كان المأجور محتاجاً إلى حمل ومؤونة أو لا (أنظر المادة ٥٩٤) والمادتان (٥٩٢ و ٥٩٣) الآتيتان فرعان لهذه المادة.

يلزم المستأجر رفع يده لأن تسلم المستأجر المأجور إنما هو بقصد استيفاء منافع معلومة ومتى استوفيت تلك المنافع فلا يبقى حكم لذلك العقد. فوضع اليد على المأجور بعد ذلك خارج عن رضاء المؤجر. ولا يجوز التصرف في ملك الغير بدون اذنه. ولذلك يلزم رفع يد المستأجر.

مسائل تتفرع عن ذلك:

أولاً - لو استأجرت امرأة حلياً لتتزين بها يوماً واحداً فليس لها أن تستعملها زيادة عن يوم فإن استعملتها أو طلبها منها الآجر ولم تعطها له عدت غاصبة. أما إذا لم يطالبها وبقيت في يدها وحفظتها فلا شيء عليها (التنقيح).

والفرق بين الإمساك للحفظ والإمساك للإستعمال هو كما يأتي:

كل موضع يمسك فيه المأجور لأجل الإستعمال يكون ذلك الإمساك استعمالاً وكل موضع يمسك فيه المأجور لغير الإستعمال فهو حفظ.

فعلى هذا إذا تسورت المرأة بالخلخال أو تخللت بالسوار أو تعمم الرجل بالقميص أو وضع العمامة على العاتق فهذا كله حفظ وليس باستعمال.

وكذلك وضع الخاتم في الجيب ووضع غطاء الرأس تحت جناحه هو حفظ وليس باستعمال. وكذا لو استأجر شخص (طبقاً) وبعد مضي مدة الإجارة وضعه على رأس إناء ينظر فإذا كان ما بداخل ذلك الإناء يحتاج إلى وقاية فيكون وضع ذلك الطبق استعمالاً. وإلا فيكون

حفظاً (هندية قبيل الباب الحادي والعشرين).

ثانياً - من يستأجر عقاراً لمدة سنة ليس له إيجاره لمدة سنتين من آخر وهذه المسألة تتفرع عن هذه المادة أيضاً (أنظر المادة ٥٨٧) البزازية.

ثالثاً - إذا كان المأجور داراً وغاب المستأجر بعد انتهاء مدة الإجارة وترك أمتعته فيها ولم يعط المفتاح للمؤجر فللمؤجر أن يفتح الدار ويضع الأمتعة في جانب منها ويسكنها ولا حاجة إلى مراجعة الحاكم لإجراء ذلك (التنقيح).

رابعاً - لو استأجر أحد حانوتاً لوقف وبعد ذلك أحدث فيه بناء بدون إذن متوليه ينظر فإذا كان رفع ذلك البناء غير مضر بالوقف يرفع وإلا فلا ويكون الباني مجبوراً على انتظار انفصاله عن الوقف ولا يكون ذلك البناء مانعاً من إيجار جانب الوقف من الحانوت (أنظر شرح المادة ٥٣١) أيضاً (الدر المختار).

خامساً - تتفرع المادة الآتية:

﴿المادة ٥٩٢﴾ ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء الإجارة.

ليس للمستأجر استعمال المأجور بعد انقضاء مدة الإجارة بدون اذن المؤجر مطلقاً. (أنظر المادة ٩٦ وإن فعل عد غاصباً ويكون ضامناً إن تلف (أنظر المادتين ٦٠٠ و ٧٩٢) وتلزمه أجرة للمدة التي يبقى فيها بعد ذلك في يده لأنه يستعمله بدون عقد (أنظر المادة ٥٩٦).

مثلاً لو استأجر أحد مرجلاً على أن يطبخ فيه الشيء الفلاني لشهر وفرغ من الطبخ في مدة خمسة عشر يوماً فكما أنه يلزمه أداء أجرة الشهر كلها فليس عليه شيء لو بقي بعد تمام الشهر في يده مهما كانت المدة.

سادساً - تتفرع المادة الآتية:

﴿المادة ٥٩٣﴾ لو انقضت الإجارة وأراد الآجر قبض ماله يلزم المستأجر تسليمه إياه.

لو انقضت مدة الإجارة وأراد الآجر قبض المأجور المستأجر لزم من المستأجر تسليمه إياه (أنظر المادتين ٦٠٠ و ٧٩٤) وإذا لم يسلمه إياه وتلف في يده ضمن قيمته (أنظر المادة ٦٠٦) لأنه بإمساكه إياه بعد الطلب يعد متعدياً.

جاء في المادة (٥٩١) يلزم المستأجر رفع يده وهنا قد جاء يلزمه تسليمه. وبين الرفع والتسليم فرق، إذ أن رفع اليد يُلزمه سواء طلب الآجر المأجور أو لم يطلبه أما التسليم فإنما يلزم حين الطلب. وإذا أراد الآجر إيجار ماله من آخر غير المستأجر فليس لهذا أن يقول (إنني أحق به من غيري لأنني

واضع اليد فآجره مني).

لأن له عدم إيجاره أصلاً بخلاف الموقوف للغلة فإن كان لا بد من إيجاره من غير المستأجر الأول تعنت إلا ان زاد عليه آخر في الأجرة ولم يقبل الأول الزيادة فتؤجر من الآخر من هذا ما ظهر لي تأمل (التنقيح).

مثلاً إذا كان المأجور عرصة لوقف وكان للمستأجر فيها بناء أو غرس وطلب المستأجر إيجاره منه بأجر المثل أو قبل بالزيادة التي زادها غيره على أجر المثل فهو أولى من غيره بها وإلاّ فلا. والخلاصة أنه إذا كان المأجور ملكاً فيمكن إيجاره من غير المستأجر الأول ولو طلب إيجاره منه أما في الوقف فالمستأجر أولى بالمأجور على المنوال المشروح أعلاه.

كذلك لو استأجر شخص مجرى ماء لوقف مع مائه ليسقي منه الشجر الذي غرسه. وبعد أن غرس الشجر وانقضت مدة الإجارة ظهر شخص آخر طالباً استئجار المجرى مع الماء وكان من المحقق أن المجرى مع الماء إذا لم يستأجرهما المستأجر الأول تذبل غراسه فيصيبه ضرر من ذلك مع أنه طالب الإستئجار ببدل المثل فتؤجر للمستأجر الأول ببدل المثل ولا تؤجر للثاني (التنقيح، والفتاوي الجديدة).

وإليك الفرق بين الوقف والملك في هذه المسألة: للمالك عدم إيجار ملكه مطلقاً بخلاف مال الوقف فإنه لا بد من إيجاره فعدم إيجار مال الوقف للمستأجر الأول في هذه الصورة وإيجاره من غيره تعنت كما مر.

وقد ذكر في شرح المادة (٥١١) أنه إذا انقضت مدة الإجارة ولم يسلم المستأجر مفتاح المأجور وسافر إلى بلد أخرى فللآجر أن يؤجر المأجور من آخر وإذا وجد في الدار أمتعة للمستأجر الأول فتوضع في مكان من الدار ولا لزوم إلى مراجعة القاضي لإجراء ذلك (التنقيح).

﴿المادة ٥٩٤﴾ لا يلزم المستأجر رد المأجور وإعادته ويلزم الآجر أن يأخذه عند انقضاء الإجارة مثلاً لو انقضت إجارة دار يلزم صاحبها الذهاب إليها وتسلمها كذلك لو استؤجرت دابة إلى المحل الفلاني يلزم صاحبها أن يوجد هناك ويتسلمها وإن لم يوجد هناك ولم يستلمها وتلفت في يد المستأجر بدون تعديه وتقصيره لا يضمن. أما إذا استأجرها للذهاب إلى محل معين والرجوع منه يلزم أن يردها إلى ذلك المحل وإن لم يردها إليه وأحضرها إلى داره وتلفت ضمن.

تعود مؤونة رد كل عين إلى من تعود إليه منفعة قبضها (أنظر المادة ٨٧) فإذا كانت المنفعة للقابض فمؤونة الرد تكون عليه وإذا كانت للدافع فمؤونة الرد تكون عليه أيضاً وإذا كان لكل منهما نفع في الرد فمؤونة الرد على من تكون له المنفعة العينية.

مسائل تتفرع عن ذلك:

أولاً - لا يلزم المستأجر رد المأجور للآجر وإعادته ويلزم الآجر أن يأخذه عند انقضاء الإجارة (أنظر المادة ٧٩٤). وبما أن المأجور لم يكن كالعارية فلا تجري فيه أحكام المادة (٨٣٠) أنظر المادة (٥٩٥). (الهندية، التنقيح، الأنقروي).

وإن استأجرت المرأة حلياً معلوماً إلى الليل ببدل معلوم لتلبسه فحبسته أكثر من يوم وليلة صارت غاصبة. قالوا وهذا إذا حبسته بعد الطلب أو حبسته مستعملة أما إذا حبسته للحفظ غير مستعملة لا تصير غاصبة قبل وجود الطلب وذلك لأن العين أمانة في يدها فلا تصير مضمونة إلَّا بالإستعمال أو بالمنع بعد الطلب كالوديعة بخلاف المستعير إذا أمسك الثوب المستعار بعد مضي المدة حيث يضمن لأن هناك وجد الطلب من حيث الحكم وقد وجب الرد عليه بعد مضي المدة أما في الإيجار فلم يوجد الطلب لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم فلم يوجد الإستعمال ولا المنع فلا تجب الضمان (التنقيح).

مثلاً لو انقضت إجارة دار يلزم صاحبها الذهاب إليها وتسلمها أي له إذا شاء الذهاب إليها وتسلمها.

كذلك لو استؤجرت دابة إلى المحل الفلاني أي للذهاب بها إلى ذلك المحل فقط يلزم صاحبها أن يوجد هناك ويتسلمها. إن شرط المستأجر أن يردها إلى الآجر في داره فلا يلزمه ذلك وإن لم يوجد الآجر في ذلك المحل ولم يتسلمها وعطبت في يد المستأجر بدون تعديه أو تقصيره لا يضمن سواء أطالب الآجر بردها أو لا (الهندية في الباب الثالث عشر، والبزازية).

على أنه إذا أراد المستأجر رد الدابة لصاحبها وعطبت في يده وهو في أثناء الطريق فلا يضمن. أما إذا ذهب المؤجر إلى بلد أخرى غير البلد الذي وقع فيه الإستئجار فأخذها المستأجر إلى ذلك البلد ليوصلها إلى صاحبها وتلفت كان ضامناً. لأن المستأجر يكون غاصباً بمثل هذا التصرف (البزازية، الهندية).

كل عمل يعمله المؤجر في المأجور حين رد المأجور له إذا عمله المستأجر في المأجور يبرأ من الضمان فعليه إذا رد المستأجر الدابة التي استأجرها إلى دار المؤجر وربطها في الإصطبل أو وضعها في الإصطبل وقفل الباب عليها ثم تلفت الدابة بعد ذلك فلا ضمان على المستأجر. أما إذا وضعها في الإصطبل ولم يربطها أو لم يقفل الباب عليها وفقدت الدابة يضمن (الهندية، والبزازية).

وكذا لو استأجر أحد دابة ليركبها مدة معلومة وأمسكها في بيته بعد انقضاء مدة الإجارة ولم يحضر صاحبها لأخذها وتلفت فلا يضمن لأن الرد والإعادة لا يلزمان المستأجر ويستفاد من هذه الأمثلة أن حكم هذه المادة مطلق.

أي أنه سواء أكان المأجور عقاراً كالدار أو كان منقولاً كالدابة. وقد قبلت المجلة ذلك في المأجور إذا كان منقولاً سواء أكان يحتاج رده إلى حمل ومؤونة كيد الرحى أو لا كالثياب والدواب.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يلزم المستأجر رد المأجور إذا كان ليس مما يحتاج إلى مؤونة

للنقل إلا أن المجلة لم تقبل هذا القول (التنقيح).

أما إذا استأجر تلك الدابة على أن يذهب بها إلى محل معين ويرجع منه وإن لم يردها إلى ذلك المحل وأحضرها إلى داره وتلفت فبما أن ذلك الشرط صحيح ومعتبر يكون متعدياً بنقله إياها إلى غير موضع العقد متعدياً يضمن ذلك المستأجر تلك الدابة سواء أطلبها المؤجر منه أو لم يطلبها.

ولزوم الضمان في هذه المسألة ليس قائماً على لزوم رد المأجور على المستأجر وإنما هو قائم على أن المسافة التي يتناولها عقد الإجارة في ذلك الموضع لا تنتهي إلا بالرد إلى ذلك الموضع (الهندية في الباب الثالث عشر).

وإذا استأجر الدابة على أن يركبها إلى المحل الفلاني ويعود بها إلى داره فلا يكون المستأجر مجبراً على إيصال الدابة إلى المكان الذي استأجرها منه وعلى الآجر أن يأتي إلى دار المستأجر لاستردادها لأن مدة الإجارة إنما تنقضي بوصول المستأجر إلى داره وبعد ذلك تكون في يده أمانة (الهندية).

ثانياً - رد المستأجر فيه للآجر على الأجير المشترك كالقصار والنساج (أنظر المادة ٣٦). لأن الرد والإعادة نقض للقبض السابق ومن كانت منفعة القبض له فنقض القبض من واجباته لأن الغنم بالغرم فمنفعة النقض بالإجارة تعود للمؤجر لأن المؤجر يأخذ عيناً وهو بدل الإيجار وإن كان المستأجر انتفع من القبض أيضاً بانتفاعه بالمأجور إلا أن الأعيان أولى من المنافع فالمنفعة العينية في المستأجر فيه هي للأجير ومنفعة المستأجر هي لم تكن عيناً (الهندية بإيضاح) ما لم يشترط ذلك على المستأجر (أنظر المادة ٨٣).

مثلاً لو أعطى إلى قصار ثوب قماش لقصره فعلى القصار بعد قصر الثوب رده إلى صاحبه (البزازية، الهندية).

ثالثاً - يجب على الراعي الذي يكون أجيراً مشتركاً أن يعيد الدواب إلى أصحابها ويسلمهم إياها وعلى ذلك فلو فقدت بقرة وتلفت وقال الراعي إني أوصلتها إلى القرية ينظر فإذا كانت العادة في تلك القرية عدم لزوم تسليم الراعي لكل دوابه ويكفي إدخالها القرية يصدق الراعي بإدخال البقرة القرية مع اليمين ولا يلزمه ضمان (أنظر المادة ١٧٧٤) وإذا نكل ضمن (الأنقروي، ومجمع الأنهر، والبزازية).

أما صرفيات نقل الدقيق بعد طحن الحبوب في الطاحون فعلى صاحبه وليس على الطحان.

رابعاً - المادة الآتية:

﴿المادة ٥٩٥﴾ وإن احتاج رد المأجور وإعادته إلى الحمل والمؤونة فأجرة نقله على الآجر.

إن احتاج رد المأجور وإعادته إلى الحمل والمؤونة فتلزم الآجر أجرة نقله بمجرد استلامه وليس على المستأجر أو الأجير حتى أنه إذا شرط على المستأجر فسدت الإجارة. لأن المستأجر لما كان لا ينال منافع المأجور مجاناً فلا يلزمه أن يتحمل مؤونة الرد ومضرته.

كذلك إذا استأجر أحد رحى يد وانقضت مدة الإجارة فعلى الآجر تسليمها وأجرة نقلها. (التنقيح، والأنقروي). ولا يجوز أن يشرط على المستأجر أن يرد العين إلى الآجر ولها حمل ومؤونة وإن لم يكن حمل ومؤونة جاز (الهندية في الباب الخامس).

الباب الثامن

في بيان الضمانات ويحتوي على ثلاثة فصول

الفصل الأول

في المواد المتعلقة بلزوم ضمان المنفعة وعدمه أي أن موضوع هذا الفصل ضمان المنفعة أما المواد المتعلقة بضمان عين المغصوب، وضمان زوائد المغصوب فستأتي في الكتاب الثامن.

﴿المادة ٥٩٦﴾ لو استعمل أحد مالاً بدون اذن صاحبه فهو من قبيل الغصب لا يلزمه أداء منافعه ولكن إن كان ذلك المال مال وقف أو مال صغير فحينئذ يلزم ضمان المنفعة أي أجر المثل في كل حال وإن كان معداً للإستغلال يلزمه ضمان المنفعة أي أجر المثل إذا لم يكن بتأويل ملك أو عقد مثلاً لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأجرة لكن إن كانت تلك الدار وقفاً أو مال صغير فعلى كل حال تلزمه يعني إن كان ثم تأويل ملك وعقد أو لم يكن يلزم أجر المثل المدة التي سكنها وكذلك إن كانت دار كراء ولم يكن ثم تأويل ملك وعقد يلزم أجر المثل وكذا لو استعمل أحد دابة الكراء بدون إذن صاحبها يلزم أجر المثل.

منافع المغصوب ليست مضمونة.

أي أنه لو استعمل أحد مالاً بدون إذن صاحبه واستوفى منفعته أو عطلها أي أنه أخذ المال وأمسكه عنده ولم يستعمله ومنع بذلك صاحب المال من استعماله فهو من قبيل غصب المنافع لا يلزمه ضمان تلك المنفعة المغصوبة أي لا يجب عليه دفع أجرة مقابل انتفاعه به ولكن إذا طرأ نقصان على المال باستعماله إياه واستهلك بعض أجزاء العين لزمه ضمان النقصان (رد المحتار).

والأئمة الحنفية متفقون في عدم لزوم المنفعة في هذا أما الإمام الشافعي رحمه الله فيرى أن منافع المغصوب مضمونة كأعيانه (رد المحتار في الغصب).

يعني أنه يجب ضمان منافع المغصوب سواء أكان المال معداً للإستغلال أو مال وقف أو مال يتيم أو لم يكن كذلك.

ويثبت عدم لزوم ضمان المنافع بدليلين:

أولاً: بما أن الضمان يلزم بسبب الغصب وحيث لا يمتنع أن الاجرة والضمان بمقتضى المادة «٨٦» فلا تعطى الاجرة.

ثانياً: ليس من مماثلة بين المنافع والمال أي النقود. لأن المنافع لما كانت أعراضاً ليس لها بقاء فليست متقومة لذاتها وإنما بضرورة ورود العقد. فيشترط في ضمان العدوان المماثلة وقد وردت بالنص، قال الله تعالى: «فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» وكذلك لم يجوز بالإجماع ضمان المنافع بالمنافع (شرح المجامع ونتائج الأفكار في الغصب).

وبناء على هذه الأدلة كان من اللازم عدم لزوم ضمان المنفعة لمال الوقف أو مال اليتيم ولكن جوَّز الفقهاء المتأخرون تضمين منافعها استحساناً لما رأوه من طمع الناس في أموال الأوقاف والأيتام أنظر المادة (٣٦) متناً وشرحاً.

ويفهم من ذلك أن فقهاءنا المتأخرين قد أخذوا في جواز هذه المسألة بقول الإمام الشافعي دون أقوال أئمتنا الثلاثة.

وللمنافع قيمة كبرى في هذا الزمان كما لو أنشأ أحد بنفسه قصراً للاصطياف وكان أجر المثل السنوي لهذا القصر سبعين جنيهاً فانتهز شخص آخر غياب صاحب القصر وسكنه مدة ثلاث سنوات غصباً فعلى رأي الأئمة الحنفية لا يلزمه أجر. أما عند الشافعي فيلزمه. وبما أن المتأخرين من فقهاء الحنفية قالوا بضمان المنفعة في مال الوقف واليتيم فيجب على فقهاء عصرنا هذا ان يتشاوروا ويتخذوا قراراً بخصوص قبول مذهب الشافعي في عموم منافع الأموال وأن يستحصل على إرادة سنية بالعمل به.

ولزم ضمان المنفعة فيما هو معد للإستغلال إنما لأن استعماله يقوم مقام العقد الفاسد. جاء في المجلة «لو استعمل أحد... الخ» فعليه إذا استعمل الغاصب المغصوب بالذات أو أجره من آخر وأخذ أجرته فليس لصاحبه من مقابل وليس له تعرض لما أخذ الغاصب من الأجرة أنظر المادة (٤٤٧) متناً وشرحاً.

ولكن إذا كان المال وقفاً فيجري فيه على ما سيجيء في شرح المادة (٥٩٨).

ولكن المال الذي استعمل هكذا غصباً أو عطل إذا كان وقفاً أو مالاً لصغير فعلى كل حال أي سواء كان بتأويل ملك أو عقد أو لا يجب ضمان المنفعة وإن كان معداً للإستغلال فيلزم أيضاً

ضمان المنفعة أي أجر المثل ما لم يكن الغاصب مستعملاً له بتأويل ملك أو عقد (رد المحتار).

إذا كان المغصوب معداً للإستغلال يكون ذلك في مقام العقد الفاسد أي كأن يكون المؤجر قد آجره للمستعمل وإن استعمال ذلك الشخص لذلك المال المعد للإستغلال يكون من قبيل التعهد بدفع الاجرة وقبوله عقد الإيجار الا أنه لم يسلمه في هذا العقد الذي وقع على هذه الصورة بدل إيجار لزم أداء أجر المثل أنظر المادة (٤٥٠) (رد المحتار).

مسائل متفرعة عن عدم ضمان منافع المغصوب:

أولاً: لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد إجارة فلا تلزمه أجرة لتلك المدة لكن إذا سكن الدار على هذه الصورة وأعطى أجرة المدة التي سكنها فليس له استردادها.

ثانياً: إذا استكرى أحد دابة على أن يركبها فلاناً وأركبها غيره فلا تلزمه أجرة ما لم تكن من دواب الأجرة.

ثالثاً: لو استأجر أحد دابة لم تكن معدة للإستغلال وأنكر الإجارة في أثناء الطريق فلا تلزمه عند أبي يوسف أجرة الطريق الباقية بعد الإنكار لأنه يصبح حينئذٍ غاصباً بناء على المادة (٩٠١) أما أجرة الطريق التي قطعها قبل الإنكار فتلزمه ولو أن المأجور هلك بعد الإنكار ولا يكون اجتمع الآجر والضمان لاختلاف الوجهة.

رابعاً: لو استأجر أحد داراً من آخر شهراً وبقي ساكناً في الدار لغياب المالك منه بعد ذلك الشهر فلا تلزمه أجرة تلك السنة لأنه لم يسكن الدار تلك السنة على وجه الإجارة.

خامسا: إذا غاب أحد بعد أن استأجر داراً شهراً وترك عياله في الدار وبقوا ساكنين في تلك الدار بعد مرور مدة الإجارة فلا تلزمه أجرة تلك المدة لأن تلك العائلة لم تستأجر الدار.

سادساً: لو استأجر أحد مزرعة في القفر ولقلة الأمطار لم ينبت زرعها أثناء مدة الإجارة ونبت بعد انقضائها فجميع الزرع كله للمستأجر. أنظر المادة (١٢٤٦) كما أنه ليس للمؤجر طلب الأجرة بدون عقد فليس له أن يطلب نقصان الأرض.

سابعاً: إذا آجر شخص داره من آخر على أن يكون بدل إيجارها في كل شهر كذا قرشاً وبأثناء الشهر باع المؤجر داره من آخر وبقي بعد ذلك المستأجر ساكناً في الدار بلا عقد لا تلزمه أجرة ما لم تكن تلك الدار معدة للإستغلال أو كانت مما يوجب حكم الفقرة الإستثنائية من المادة (٤٧٢).

ثامناً: لو استأجر أحد دابة ليركبها اليوم إلى المحل الفلاني فلم يذهب بها اليوم إلى ذلك المحل وذهب بها في الغد فلا تلزمه أجرة. أما عند الإمامين فيلزمه الأجر المسمى (الخانية في ضمان منفعة المال الموقوف ومال اليتيم).

أما إذا كانت تلك الدار مالاً موقوفاً أو مالاً لصغير فيلزم أجر المثل على كل حال سواء أكان

هناك تأويل ملك كما في المادة (٥٩٧) أو تأويل عقد كما في المادة (٥٨٩) أو لم يكن وسواء أسكنه فيها المتولي بدون أجرة أو اعاره إياها أو لا. أو كان مشروطاً في الوقف كونه للسكنى أو لغيرها أو سكنها بدون عقد أو عطلها وذلك إذا كان أجر المثل أكثر من النقصان الذي يحصل في العقار بسبب السكنى.

مسائل تتفرع عن ذلك:

أولاً: إذا اشترى أحد داراً وسكنها ثم ظهر أنها مال موقوف أو مال صغير أو سكن أحد داراً لوقف بإذن المتولي أو بدون إذنه يلزمه أداء أجرة المدة التي سكن فيها في الدار.

مثلاً لو اشترى أحد عقاراً من آخر بثمن معلوم وبعد أن ضبطه وتصرف فيه مدة قام متولي الوقف مدعياً بأن هذا العقار من عقارات الوقف الذي هو متولٍّ عليه وأثبت دعواه هذه وحكم على نهج شرعي بأن ذلك العقار هو للوقف فيلزم ذلك المشتري أجرة المدة التي تصرف فيها بالعقار المذكور وكذلك إذا كان نصف ذلك العقار ملكاً والنصف الآخر وقفاً وتصرف فيه المشتري على الوجه الآنف فيلزم المشتري أن يدفع أجرَ المثل النصف العائد للوقف.

ثانياً: لو استأجر أحد عقاراً لصغير أو لوقف لشهر وسكن فيه شهرين يلزمه اجر المثل للشهر الثاني (رد المحتار).

ثالثاً: لو باع متول لوقف مالاً للوقف من آخر وسلمه إياه ثم عزل ونصب آخر بدلاً عنه أقام المتولي الجديد دعوى على المشتري وحكم له الحاكم باسترداده فيلزم المشتري المذكور أن يؤدي أجر المثل ولو لم يكن المال المذكور معداً للإستغلال.

رابعاً: لو اسكن إمام مسجد آخر مجاناً في الدار الموقوفة لسكناه لزم الساكن أجر المثل.

خامساً: إذا رهن المتولي أو الموقوف عند آخر وسكنه المرتهن لزمه أجر المثل. ولو لم يكن معداً للاستغلال.

سادساً: إذا وجدت دار موقوفة لسكنى اثنين واستبد أحدهما بالآخر وسكنها وحده بدون إذن الثاني لزمه للوقف أجر المثل حصة شريكه في تلك المدة وتبقى تلك الأجرة بعد أخذها محفوظة عند المتولي لتصرف في مرافق الوقف. وسواء أكانت الدار موقوفة للسكنى أو للاستغلال بخلاف ما لو سكنها أحد الشريكين وحده ولم يسكنها الثاني لعدم وجود محل له للسكنى وحينئذ لا تلزم الساكن أجرة ما.

سابعاً: إذا سكنت امرأة وزوجها في دار لولدها اليتيم يلزم الزوج أجر المثل كذلك لو كانت دار مشتركة بين بالغ وصغير وسكنها البالغ فيلزمه أجر المثل لحصة الصغير (التنقيح، والنتيجة، ورد المحتار، والأنقروي، والبزازية، والفتاوى الجديدة، والبهجة، والنتيجة، والخيرية).

ثامناً: لو استأجر أحد حانوتاً موقوفاً مدة وبعد انقضاء مدة الإجارة قفله وعطله مدة يلزمه أجرة تلك المدة.

إذا سكن شخص مع عائلته داراً لوقف أو ليتيم لزم الرجوع على المتبوع بأجر المثل (النتيجة، والتنقيح)

تاسعاً: لو غصب أحد مسجداً أو مدرسة لوقف واتخذها مقهى لزمه أجر المثل مدة الاشغال «رد المحتار».

المسائل المتفرعة عن لزوم ضمان المنفعة إذا كان المال معداً للاستغلال:

أولاً: إذا كانت الدار للكراء أي معدة للاستغلال ولم يكن في استعمالها تأويل ملك أو عقد يلزم المستعمل أجر المثل.

ثانياً: لو استأجر أحد داراً أو حماماً معدة للاستغلال لشهر وسكنها شهرين فكما يلزمه الأجر المسمى للشهر الأول يلزمه أجر المثل للشهر الثاني وليس الأجر الذي سمي للشهر الأول.(رد المحتار، والأنقروي)

ثالثاً: لو استأجر أحد عقاراً معداً للاستغلال وفسخ الإجارة بعد ذلك وحبس المأجور في يده لاستيفاء بدل الإجارة الذي اعطاه للمؤجر سلفاً وسكنه مدة بتأويل كونه له الحق بالحبس لزمه أداء أجرة تلك المدة (رد المحتار، والهندية).

رابعاً: ولو دخل أحد محلاً معداً للاستغلال كالخان والحمام وادعى غصبه لزمته أجرته أيضاً (رد المحتار).

خامساً: وإذا زرع أحد أرض غيره في قرية معدة للاستغلال بدون إذنه ينظر فإذا كان العرف في تلك القرية أن يعطي الذي يزرع الأرض بدون إذن صاحبها الثلث أو الربع من الحاصلات فعليه أن يعطي ذلك لصاحبها وإذا لم يكن عرف كهذا في تلك القرية فعليه أن يعطي أجر المثل لصاحب الأرض (التنقيح).

سادساً: كذلك لو أخذ أحد فرساً من دواب الكراء أو حملاً بدون إذن صاحبه واستعمله مدة لزمه أجر المثل.

أما لو سكن أحد في محل معد للاستغلال بإذن صاحبه على أن لا يدفع له أجرة فليس لصاحب المحل أن يطالبه بأجرة بعد ذلك (البزازية) أنظر المادة(٨١٢).

وقد قيدت الأمثلة كلها بما قيد به متن المجلة بقوله (بدون اذن صاحبه).

شرط ضمان منفعة المعد للاستغلال:

يشترط لحوق علم المستعمل للمال المعد للاستغلال إذا كانت غير مشهورة بكونها معدة للاستغلال وقد اشارت المجلة في المادة (٤١٧) إلى لزوم ذلك واذا اختلف في لحوق علم المستعمل من عدم لحوقه فالقول مع اليمين للمستعمل.

أما إذا اختلف في لحوق علم المستعمل في أمثال الحمام والخان من الشارات مما هو معروف بكونه معداً للاستغلال وادعى الغاصب عدم علمه بكونها معدة للاستغلال فلا يصدق ويلزمه أجر المثل بالغاً ما بلغ.

هذا إذا كان أجر المثل أكثر من النقصان لأنه إذا لزم أجر المثل لاستعمال أراضي اليتيم أو الوقف أو أي عقار لهما وكان النقصان الذي حصل للعقار بسبب الاستعمال أكثر من أجر المثل فيعدل إليه ويضمنه المستعمل. وفي هذه الحال لا تلزم الأجرة أي أنه إذا كان النقصان العارض لعقار اليتيم أو الوقف بسبب استعماله غصباً أكثر من أجر المثل فيضمن النقصان وإذا كان أجر المثل أكثر من النقصان ضمن أجر المثل (علي افندي، والبزازية).

ويعلم النقصان العارض بسبب الغصب والاستعمال على ما جاء في المادة (٨٨٦).

أما إذا كان المغصوب أرضاً اميرية أو أرضاً وقفية من قبيل المخصصات فالحكم فيها يجري على ما جاء في قانونها الخاص وليس من أحكام المجلة.

﴿المادة ٥٩٧﴾ لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل ملك ولو كان معداً للاستغلال مثلاً لو تصرف مدة أحد الشركاء في المال المشترك بدون إذن شريكه مستقلاً فليس للشريك الآخر أخذ أجرة حصته لأنه استعمله على أنه ملكه.

لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل أو عطل بتأويل ملك وليس فيه مال موقوف أو مال لصغير بل كان جميعه ملكاً أنظر المادة (١٠٧٥). لأن المتصرف لما كان تصرفه فيه على أنه ملكه فلا يكون راضياً بالأجرة وإن كان مما هو معد للاستغلال.

ويستفاد مما مر من التوضيح أن تأويل الملك إنما يجري في الملك أما في الوقف وملك الصغير فلا يجري فيهما ذلك. وكذلك المادة(٥٩٦) يستفاد منها هذا الأمر(الدر، المحتار).

مسائل تتفرع عن ذلك:

أولاً مثلاً لو تصرف أحد الشركاء تغلباً في المال المشترك كالدار والحانوت مدة بدون إذن شريكه مستقلاً واستعمله بنفسه فليس للشريك الآخر أخذ أجرة حصته لأنه استعمله على أنه ملكه كما أنه ليس له أن يطالب بسكنى الدار وحده بقدر ما سكنها شريكه أنظر المادة(١٠٨٣).

حتى أن الساكن إذا دفع إلى شريكه أجرة حصته يزعم أنها تلزمه فله استردادها بعد ذلك أنظر المادة (٩٧).

ويفهم من هذه المادة أن لأحد الشريكين أن يسكن المال المشترك سواء أكان شريكه حاضراً أو غائباً. إذ يتعذر عليه الإستئذان في كل مرة فكان له أن يسكن في حال غيبته.

ثانياً: إذا تسبب أحد الشريكين بتعطيل المال المشترك فليس للشريك الثاني أجرة.

ثالثاً: اذا آجر أحد الشريكين حصته من شريكه سنة وسكنها المستأجر سنتين فلا تلزم أجرة للسنة الثانية. وحكم الأجنبي الذي يخلف الشريك فهو كالشريك أيضاً.

ويستفاد من المثال أن ذلك خاص باستعمال الشريك بالذات ولا دخل لإيجاره من آخر. لأن الشريك إذا لم يستعمل المال المشترك مستقلاً بنفسه وآجره كله من آخر وأخذ أجرته لزمه رد أجرة شريكه إليه.

مثلاً لو آجر أحد الشركاء الحمام المشترك بين ثلاثة ولكل منهم ثلثه من آخر وأخذ أجرته لزمه أن يعطي لشريكيه ثلثي الأجرة وسنفصل هذه المسألة وتوضح في المادة (١٠٧٧).

لكن إيجار أحد الشركاء المال المشترك على هذا الوجه أو إعارته غير جائزة ديانة. إذ التصرف في ملك الغير بلا إذن حرام ولا يمنع قضاء إذ الإنسان لا يمنع من التصرف فيما بيده إذا لم ينازعه فيه أحد (التنقيح، رد المحتار، علي افندي).

﴿المادة ٥٩٨﴾ لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد ولو كان معداً للاستغلال مثلاً لو باع أحد لآخر الحانوت الذي يملكه بالإشتراك بدون إذن شريكه وتصرف فيه المشتري مدة ثم لم يجز الشريك البيع وضبط حصته ليس له أن يطالب بأجرة حصته ولو كان معداً للاستغلال لأن المشتري استعمله بتأويل العقد يعني حيث أنه تصرف فيه بعقد البيع لا يلزمه ضمان المنفعة كذلك لو باع أحد لآخر رحى على أنها ملكه وسلمها ثم بعد تصرف المشتري لو ظهر لها مستحق وأخذها من المشتري بعد الإثبات والحكم ليس له أن يأخذ أجرة لتصرفه في المدة المذكورة لأن هذا أيضاً تأويل عقد.

لا يلزم ضمان المنفعة في مال استعمل بتأويل عقد وان كان معداً للاستغلال. لأنه لم يسكنها ملتزماً الأجرة وذكر كلمة العقد مطلقة يشمل البيع وغيره من العقود كالرهن كما سيأتي مثاله.

مثال لتأويل العقد في البيع:

مثلاً لو باع أحد الحانوت الذي يملكه مشتركاً مع آخر من شخص بدون إذن شريكه أي أنه باع حصته من ذلك الرجل بالإصالة وحصة شريكه فضولاً وتصرف فيه المشتري مدة ثم أن الشريك الثاني لم يجز البيع بما له من صلاحية في ذلك بمقتضى المادة (٣٧٨) واسترد حصته من المشتري وضبطها ليس له أن يطالب بأجرة حصته وإن كان معداً للاستغلال لأن المشتري استعمله

بتأويل العقد يعني حيث أنه تصرف فيه بعقد البيع لا يلزمه ضمان المنفعة لأن الملكية سالبة للأجرة كما يستفاد ذلك من المادة(٤٤٢).

كذلك لو باع أحد من آخر رحى على أنها ملكه وسلمها إليه ثم بعد أن تصرف المشتري ظهر لها مستحق وأخذها من المشتري بعد الإثبات والحلف والحكم ليس له أن يأخذ أجرة لتصرفه في المدة المذكورة لأن في هذا أيضاً تأويل عقد بيع كما في المثال السابق.

مثال لتأويل العقد في الرهن:

لو رهن أحد داراً عند آخر وسلمه إياها فظهر بعد أن سكن المرتهن تلك الدار مدة أنها ليست للراهن بل لغيره فلا تلزم المرتهن أجرة وإنما تلزم الأجرة الراهن بسبب كونه غاصباً.

كذلك لو رهن أحد داره المعدة للاستغلال عند آخر وسلمه إياها وسكنها المرتهن فليس للراهن عليه أجرة لأنه سكن الدار بتأويل عقد الرهن.

ثم أنه إذا كان المغصوب وقفاً أو مال يتيم أو معداً للاستغلال وجب على الغاصب أجر المثل إن كان ما قبضه من المستأجر أجر المثل أو دونه وإن كان أكثر فيرد الزائد أيضاً إلى صاحب المال أو للوقف وبه يفتى وكذا الحكم أيضاً لو كان المؤجر فضولياً (رد المحتار، التنقيح)

﴿المادة ٥٩٩﴾ لو استخدم أحد صغيراً بدون إذن وليه فإذا بلغ يأخذ أجر مثل خدمته ولو توفي الصغير فلورثته أن يأخذوا أجر مثل تلك المدة من ذلك الرجل.

ليس لأحد أن يستخدم الصغير بدون عوض ما عدا الأب والجد والوصي. ولهؤلاء استخدامه على سبيل التهذيب والرياضة فعليه لو استخدم أحد صغيراً مدة ولو كان من ذوي قرباه أو كان زوج امه بدون إذن وليه أو وصيه أو القاضي إي بدون أجرة فإذا بلغ الصغير سن الرشد أخذ أجر مثل خدمته في تلك المدة.

فإذا لم يكن ذلك مساوياً أجر مثل خدمته يأخذ أجر مثله واذا اشترى الصغير مالاً بعد بلوغه من ذلك الشخص مقابل أجر مثله صح ذلك وليس للبائع أن يسترد ذلك المال (خيرية) فكما أنه يحق للصغير بعد البلوغ أن يأخذ أجر مثله فلوليه ولوصيه أيضاً أن يأخذ ذلك قبل بلوغه (أنظر المادة ١٦١٦).

وإذا توفي الصغير قبل استيفاء أجرته فلورثته أيضاً أن يأخذوا أجر مثل تلك المدة من ذلك الشخص لأن الوارث يقوم مقام المورث في ذلك. وإذا كان ما أنفقه ذلك الشخص من لباس وغيره أقل من أجر المثل يحسب ذلك من أجر المثل وعليه اتمامه.

أما إذا كان ذلك مساوياً لأجر المثل فليس له بعد البلوغ أو لورثته بعد وفاته أخذ شيء.

للأب أن يعير الصغير للتعلم من أستاذ أو تعلم حرفة أو صناعة وليس له أن يعيره لغير ذلك كما أنه ليس لأب الصغير أن يعير ماله.

مثلاً لو أعار أحد ابنته لامرأة لتهذيب اخلاقها وتعليمها الآداب والعلوم واستخدمت المرأة البنت في بيتها وعلمتها واطعمتها الطعام وكستها الثياب وبلغت البنت بعد ذلك فليس لها أخذ شيء من تلك المرأة باسم أجر للمدة التي مكثتها في دارها.

وللأب على القول الصحيح أن يؤجر الصغير من آخر بأقل من أجر المثل. (الدر المنتقى في الإجارة هامش البهجة، والتنقيح، والأنقروي، والبزازية، والهندية).



الفصل الثاني

﴿المادة ٦٠٠﴾ المأجور أمانة في يد المستأجر ان كان عقد الإجارة صحيحاً أو لم يكن.

المأجور أمانة في يد المستأجر إن كان عقد الإجارة صحيحاً أو فاسداً أو باطلاً بالنسبة إلى الآجر والمستأجر لما بينهما من الاتفاق أنظر المادة (٧٦٢). كل موضع يجب فيه الضمان في العارية يجب فيه الضمان في الإجارة ولا تجب الأجرة أنظر المادة (٨٦) وكل موضع لا يجب الضمان فيه في العارية لا يجب الضمان فيه في الإجارة وتجب الأجرة.

وما يبين هنا إنما مسألة كون المأجور أمانة في يد المستأجر أما البحث في كون المستأجر فيه أمانة في يد الأجيرفسيأتي في الفصل الثالث.

هذه المادة أصل للمواد السبع الآتية وقاعدة كلية لها حيث أن المأجور أمانة فترتب فيه الأحكام الآتية وتجري فيه أحكام الأمانة.

أولاً: إذا توفي المستأجر مجهلاً يضمن من تركته بدل المأجور وقت التجهيل أنظر المادة (٨٠١).

ثانياً: لو استأجر أحد ألبسة على أن يلبسها وسرقت من يده لا يلزمه ضمان أنظر المادة (٧٧٧).

ثالثاً: إذا استأجر إثنان شيئا واحداً وأعطاه أحدهما للآخر لإمساكه لا يلزم الضمان إذا لم يكن قابلاً للقسمة. أنظر المادة (٧٨٣).

كذلك المال الذي يعطى مع المستأجر فيه يكون وديعة. مثلاً لو أعطى أحد سيفاً ومعه سكين إلى الحداد لاصلاح السيف فقط أو اصلاح السكين فقط وفقد أحدهما فلا يلزم ضمان كما أنه لو أعطى أحد كتاباً إلى مجلد لاصلاحه ومعه غلافه وفقد الغلاف فلا يلزم المجلد ضمان.

ان المأجور أمانة بيد المستأجر بالنسبة إلى الآجر والمستأجر أما بالنسبة إلى الشخص الثالث أي بالنسبة إلى المستحق فهو كالمضمون والمغصوب:

مثلاً لو ادعى شخص آخر الاستحقاق في المأجور بعد أن تلف المأجور في يدالمستأجر.وأثبت المستحق دعواه يضمن المستأجر قيمته للمستحق ولا ينجيه من الضمان كونه تلف في يده بدون

تعديه وللمستأجر الرجوع على الآجر ببدل الضمان أنـظر المادة (٦٥٨) «الهنـدية، أنقـروي، والتنقيح، البزازية».

﴿المادة ٦٠١﴾ لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته.

لا يلزم المستأجر ضمان إذا تلف المأجور في يده أو فقد أو طرأ عليه نقصان ما لم يكن ذلك بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته ولو شرط الضمان، وإذا تلف في أثناء مدة الإجارة انفسخت عن المدة الباقية لأنه فات المعقود عليه انظر المادتين (٧٦٢و٧٧٧).

لما كان المأجور أمانة في يد المستأجر بناء على المادة السابقة وكل أمانة لا يلزم ضمانها إذا تلفت بدون تعد وتقصير بمقتضى المادة (٧٦٨) ومخالفة المأذونية داخلة في التعدي فكان في المادة السابقة غنى عن هذه المادة وإنما ذكرت زيادة في التوضيح.

مسائل متفرعة عن هذا:

أولاً: إذا استأجر أحد دابة وهلكت في يده في مدة الإجارة لا يلزمه ضمان وإنما تنفسخ الإجارة عن المدة الباقية أنظر المادة (٤٤٣) وإذا كان المستأجر قد أعطى البدل سلفاً فله استرداد ما يصيب المدة الباقية من ذلك أنظر المادة (٩٧).

ثانياً: إذا تخلصت الدابة جبراً عن المستأجر وفرت بدون تعديه وتقصيره ولم يتمكن من امساكها وتلفت لا يلزمه ضمان.

ثالثاً: إذا استكرى أحد حماراً وأخذ يسوقه السوق المعتاد في الطريق المعتاد فسقط إلى الأرض وعطب فلا تلزمه ضمان. كما أنه إذا غصبت الدابة المأجورة من المستأجر وكان في اقتداره إقامة الدعوى على الغاصب وإسترداد المأجور منه فلم يعمل ذلك وتلفت الدابة في يد الغاصب لا يلزم المستأجر ضمان.

رابعاً: إذا سقطت الآنية المأجورة إلى الأرض من يد المستأجر وكسرت قضاء فلا يلزمه ضمان.

خامساً: لو استأجر أحد فأساً في قطع الحطب فأعطاها إلى أجيره لتكسير الحطب فأخذها الأجير وخربها ينظر إذا كان لإستعمالها في العمل المستأجر فيه لا يختلف باختلاف المستعملين فلا يلزم المستأجر ضمان ما لم يكن الأجير معروفاً بالخيانة وإذا كـان يختلف باختـلاف المستعملين واستأجرها المستأجر على أن يشتغل بها بنفسه ضمن باعطائها إلى أجيره. وإذا لم يعين حين الاستئجار المستعمل للفأس فلا يلزمه ضمان لعدم اشتغاله بها بنفسه واعطائها إلى أجيره للاشتغال بها وإذا أعطاها إلى أجيره بعد أن استعملها بنفسه لزمه الضمان.

سادساً: لو استأجر أحد أواني وبعد الفراغ من استعمالها حملها على دابة ليحضرها إلى الآجر فزلقت الدابة وسقطت الأواني إلى الأرض فتلفت ينظر فإذا كانت الدابة تطيق حمل ذلك الحمل فلا يضمن وإلا ضمنها.

ويفهم من ذكر عدم الضمان في هذه المادة مطلقاً أنه إذا شرط في عقد الإجارة ضمان المأجور إذا تلف على هذا الوجه فلا يلزم ضمان ولا حكم للشرط المذكور. لأن اشتراط الضمان في الأمانات باطل أنظر شرح المادة (٨٢) (أشباه، هندية، أنقروي).

﴿المادة ٦٠٢﴾ يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتعديه. مثلاً لو ضرب المستأجر دابة الكراء فماتت منه أو ساقها بعنف وشدة فهلكت لزمه ضمان قيمتها.

يلزم الضمان على المستأجر لو تلف المأجور أو طرأ على قيمته نقصان بتعديه أي يلزمه ضمان كل قيمته إذا تلف وقيمة النقصان في حال طروء نقصان عليه أنظر المادتين (٧٨٧ و٨٠٣).

وإذا طرأ على المأجور نقصان فيجري حكمه على ما جاء في المادة (٩٠٠).

وقد بين في هذه المادة القيد المحترز عنه في المادة الآنفة وهو ما لم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته مأذونيته المذكورة في المادة السابقة.

مسائل تتفرع عن ذلك:

أولاً: مثلاً لو ضرب المستأجر دابة الكراء ضرباً غير معتاد أو ساقها للمرور من محل امتنعت عن المرور منه أو كبحها بعنف وشدة على خلاف المعتاد لتقف فماتت لزمه ضمان قيمتها.

ثانياً: والمواد «٥٤٥ و٥٤٦ و٥٤٨ و٥٥٠ و٥٥١ و٥٥٦ و٥٥٧» من فروعات هذه المادة.

ثالثاً: إذا استأجر أحد دابة عليها سرج فرفع السرج عن ظهرها ووضع عليه برذعة وعطبت ضمن سواء أكان معتاداً أن توضع برذعة على مثل تلك الدابة أو لم يكن لأن الجنس مختلف ولأن البرذعة للحمل والسرج للركوب ولأن السرج ينبسط على ظهر الحيوان بخلاف البرذعة فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد (رد المحتار).

رابعاً: لا تركب بدون السرج الدابة التي استكريت على أن تركب بسرج ولا يجوز أن يستلقى على ظهرها أو يتكىء وإنما تركب الركبة المعتادة المعروفة عند الناس.

خامساً: إذا استأجر أحد دابة عليها سرج فنزع سرجها ووضع عليها سرجٌ غيرها وهو لا يوافقها وعطبت ضمن جميع قيمتها. أما إذا وضع على ظهرها سرجاً موافقاً لها وتلفت فلا يضمن أنظر المادة (٣٦) ما لم يكن أثقل من الأول وإذا كان أثقل منه في الوزن ضمن مقدار الثقل.

سادساً: لو استأجر أحد دابة لينقل عليها تراباً من بعض الأبنية الخاربة فإذا انهدم البناء بينما كان يأخذ التراب منه على الدابة فهلكت فإذا حصل ذلك الانهدام بعمل المستأجر أي بتقصيره ضمن الدابة وإذا لم يكن بعمله بل كان الانهدام ناشئاً عن رخاوة التراب ولم يكن المستأجر عالماً بذلك حتى يحتاط فلا يلزمه ضمان (الهندية، ورد المحتار، والأنقروي).

﴿المادة ٦٠٣﴾ حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسارة التي تتولد منها مثلاً لو استعمل الثياب التي استكراها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستأجر النار أزيد من الناس يضمن.

حركة المستأجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن بمقتضى المادة السابقة الضرر والخسارة التي تتولد منها.

مسائل متفرعة عن ذلك:

أولاً: لو استكرى أحد ثياباً على أن يستعملها بنفسه واستعملها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن وهنا تقدر قيمة الألبسة سالمة وقيمتها بالية ويضمن المستأجر الفرق بين القيمتين وعلى هذا التقدير الظاهر أنه يجرى في ذلك حكم المادة (٩٠٠).

ثانياً: وإذا قرضتها الجرذان أوأكلتها العثة أو حرقتها النار ضمن. أما إذا بليت بلبسها حسب المعتاد فلا يلزم ضمان عتقها أنظر شرح المادة (٥٣٥).

ثالثاً: كذلك إذا اشعل المستأجر في الدار المأجورة ناراً زيادة عن الذي يشعله الناس أي أنه تجاوز المعتاد في اشعال النار. فتسبب عن ذلك حريق أحرق تلك الدار أو احرقها مع الدور المجاورة لها يضمن المستأجر جميع ذلك. أما إذا كان ما أشعله لم يكن خلافاً للمعتاد وسواء أكان اشعاله النار بإذن من صاحب الدار أو بلا إذن وأحترقت بسبب ذلك الدار المأجورة وحدها أو احترق معها دور الجيران فلا يلزمه ضمان أنظر المادتين (٥٩١) (٦٠١).

رابعاً: إذا بنى المستأجر في الدار المأجورة فرناً واستعمله على الوجه المعتاد واحترقت الدار المأجورة أو احترقت دور الجيران فلا يلزمه ضمان أنظر المادة (٩١) سواء أبني الفرن باذن الآجر أو من دون اذنه لأن للمستأجر صلاحية بانتفاع كهذا أنظر المادة (٣٦) ولأن هذا الانتفاع بظاهر الدار على وجه لا تتغير هيئة الباقي إلى النقصان (رد المحتار).

أما إذا بنى الفرن على خلاف المعتاد وبلا احتياط واحترقت الدار ضمن أنظر المادة (٥٢٨) متناً وشرحاً (الهندية، ورد المحتار).

﴿المادة ٦٠٤﴾ لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة أو طرأ

على قيمته نقصان لزم الضمان مثلاً لو ترك المستأجر دابة الكراء حبلها على غاربها وضاعت يضمن.

لو تلف المأجور بتقصير المستأجر في أمر المحافظة أو طرأ على قيمته نقصان لزم الضمان أي أنه إذا تلف المأجور ضمن جميع قيمته وإذا طرأ عليه نقصان ضمن قيمة النقصان وفي حال النقصان فالظاهر أنه يجري فيه أحكام المادة (٩٠٠).

مسائل متفرعة عن ذلك:

أولاً: لو ترك المستأجر دابة الكراء حبلها على غاربها أو رآها تسير وحدها وتركها وبعد ذلك تلفت أو فقدت بصورة أخرى ضمن جميع قيمتها.

ثانياً: لو ترك المستأجر الدابة على باب المسجد أو باب الدار مربوطة أو بدون ربط ودخل للصلاة أو لقضاء شغل وتلفت بعد غيابها عن نظره لزمه الضمان. ما لم يكن ذلك في مكان لا يعد ترك الدابة فيه تضييعاً كأن يتركها في طريق غير نافذ أو بعض القرى وحينئذ لا يلزمه ضمان.

ثالثاً: لو أوقف المستأجر الدابة المأجورة في مكان وأخذ في الصلاة ورأى الدابة تسير إلى جهة أو رأى أحداً اختطف الدابة ولم يترك الصلاة للمحافظة عليها لزمه الضمان.

رابعاً: لو تخلف المستأجر في الطريق لقضاء الحاجة أو وقف ناحية يحادث آخر وتلفت بعد غيابها عن نظره أو فقدت ضمنها. أما إذا تلفت الدابة أو فقدت من دون أن تغيب عن نظره فلا يضمن. أي أن المعتبر في هذا الباب غياب الدابة عن نظر المستأجر لأنه لا يعد المستأجر محافظاً على الدابة إذا تركها تغيب عن نظره ولو ربطها بشيء.

خامساً: لو دخل المستأجر الفرن ليشتري خبزاً وغابت الدابة عن نظره أثناء اشتغاله بالشراء ثم فقدت ضمنها. وإلا فلا.

سادساً: لو استأجر أحد دابة على أن يركبها إلى المحل الفلاني وأخبر أن في الطريق لصوصاً وذهب بها ينظر فاذا كان الناس يمتنعون عن الذهاب لشيوع مثل هذا الخبر ضمن وإلا فلا (الهندية في الباب السابع والعشرين الخانية، ورد المحتار) أنظر المادة (٣٦).

سابعاً: إذا نام المستأجر في الطريق وفقدت الدابة المأجورة فاذا نام وهو قاعد والدابة أمامه فلا يضمن وإذا نام مضطجعاً ضمن (الحامدية).

قيل في المثال لو ترك المستأجر دابة الكراء حبلها على غاربها لأنه إذا لم يتركها المستأجر حبلها على غاربها وخرجت الدابة بنفسها بدون علم المستأجر ولما علم فتش عنها ولم يجدها أو ترجح عنده عدم العثور عليها ولم يفتش عنها فلا يلزمه ضمان ويصدق قول المستأجر في كونه لم يفتش عنها لترجحه عدم العثور عليها (الهندية).

والتقصير المراد في هذه المادة هو تقصير المستأجر في حفظ المأجور بلا عذر. مثلاً لو فرت دابة الكراء بينما كان المستأجر مشغولاً بدابة أخرى له كانت معه لسقوطها إلى الأرض وتلفت دابة الكراء لا يلزمه ضمان فيما إذا كان يخشى على دابته أو حملها التلف إذا لحق بدابة الكراء والأضمن أنظر المادة (٦٠٩) (الهندية).

﴿المادة ٦٠٥﴾ مخالفة المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى ما فوق المشروط توجب الضمان وأما مخالفته بالعدول إلى ما دون المشروط أو مثله لا توجبه مثلاً لو حمل المستأجر خمسين أقة حديد على دابة استكراها لأن يحملها خمسين أقة سمن وعطبت يضمن وأما لو حملها حمولة مساوية للدهن في المضرة أو أخف وعطبت لا يضمن.

من استحق منفعة معينة بعقد إجارة فله استيفاء مثلها أو ما دونها وليس له أن يتجاوز إلى ما فوقها:

فعليه إذا خالف المستأجر مأذونيته بالتجاوز إلى ما فوق المشروط وجب عليه الضمان لكونه تعدى أنظر المادة (٧٧٩).

أما إذا خالفها بالعدول إلى مثل المشروط أو إلى ما دونه فلا يجب الضمان لأنه لم يكن في ذلك متعدياً. مثلاً لو حمل المستأجر خمسين أقة حديد على دابة استكراها لأن يحملها خمسين أقة سمن وتلفت الدابة بتجاوزه إلى ما فوق المشروط ضمن جميع قيمتها. ولا تلزم الأجرة لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان أنظر مادة (٨٦).

وقوله كذا أقة حديد ليس بقيد إحترازي لأنه يجب الضمان ولو كان الحديد أقل من السمن وزناً لأن الحديد يجتمع في مكان واحد من ظهرها فيضرها فحاصله متى كان ضرر أحدهما فوق ضرر الآخر من وجه لا يجوز وان كان أخف ضرراً من وجه (رد المحتار) أنظر المادة (٤٦).

وأما لو حملها حمولة مساوية للسمن في المضرة أو أخف وعطبت لا يضمن (رد المحتار).

وكذلك المواد (٤٢٦ و٥٤٥ و٥٤٦ و٥٤٧ و٥٤٨ و٥٥٠ و٥٥١ و٥٥٦ و٥٥٧ و٥٥٩) من الأحكام التي تفرعت عن هذه المادة.

﴿المادة ٦٠٦﴾ يبقى المأجور كالوديعة أمانه في يد المستأجر عند إنقضاء الإجارة كما كان وعلى هذا لو استعمل المستأجر المأجور بعد إنقضاء مدة الإجارة وتلف يضمن كذلك لو طلب الآجر ماله عند إنقضاء الإجارة من المستأجر ولم يعطه إياه ثم بعد الإمساك تلف يضمن.

يبقى المأجور كالوديعة أمانة في يد المستأجر عند إنقضاء الإجارة كما كان في يده قبل إنقضائها. حتى أنه لو تلفت الأواني بعد انقضاء مدة الإجارة بيد المستأجر بلا تعد ولا تقصير أثناء ردها إلى صاحبها لا يلزمه ضمان (أنظر شرح المادة ٥٩٤).

وعليه لو استعمل المستأجر المأجور بعد إنقضاء مدة الإجارة وتلف يضمن. والحكم في الوديعة على هذا المنوال أيضاً (أنظر المادة ٧٨٧). وإذا استعمله فلا تلزم أجرة (أنظر المادة ٨٦). لأن ذلك الاستعمال غصب والمنافع المغصوبة ليست مضمونة (رد المحتار) (أنظر المادتين ٥٩و ٥٩٦) مثلاً لو استأجر أحد دابة على أن يركبها اليوم فحصل مانع حال دون ركوبه إياها اليوم فركبها في الغد وتلفت لزمه الضمان وهنا لا تلزم الأجرة.

كذا لو حمل المستأجر الأواني المستأجرة بعد إنقضاء الإجارة على دابة ليوصلها إلى صاحبها وزلقت الدابة فتحطمت الأواني فإذا لم تكن الدابة تطيق مثل ذلك الحمل ضمن أما إذا كانت تطيقه لا يضمن بمقتضى المادة (٩٣) وشرحها (الهندية في الباب السابع والعشرين، الخانية).

كذلك لو طلب الآجر ماله عند إنقضاء مدة الإجارة من المستأجر ولم يعطه ثم بعد الإمساك تلف يضمن ولو لم يكن مقصراً أو متعدياً. وحكم الوديعة على هذا المنوال أيضاً (أنظر المادة ٧٩٤).

الفصل الثالث

في حق ضمان الأجير

أي في ضمان المستأجر فيه في الأجير الخاص والأجير المشترك.

﴿المادة ٦٠٧﴾ لو تلف المستأجر فيه بتعدي الأجير أو تقصيره يضمن.

لضمان الأجير ثلاث قواعد:

القاعدة الأولى - إذا تلف المستأجر فيه أو فقد بتعدي الأجير أي الأجير الخاص أو المشترك أو تقصيره في أمر المحافظة ضمن سواء أكانت الإجارة صحيحة أو فاسدة. لأن المستأجر فيه أمانة في يد الأجير ويكون مضموناً بالتعدي والتقصير. (هامش البهجة، الأنقروي).

والخلاصة أن الأجير أمين وتجري فيه أحكام المواد (٧٦٨و ٧٧٧و٧٨٧) ويصير إيضاح هذه المادة في المادتين (٦٠٨ و٦٠٩) الآتيتين.

مسائل متفرعة عن ذلك:

أولاً - لو فارق المكاري الحمل بعد أن سلمه إلى آخر بدون اذن وتلف ضمنه المكاري الأول (أنظر المادة ٧٩٠).

ثانياً - وكما يضمن الراعي إذا ضرب الحيوان فقلعت عينه أو كسرت رجله يضمن أيضاً فيما إذا خلط غنم أحد الناس بغنم آخر ولم يمكن التمييز بينها فيضمن قيمتها يوم الخلط لأن يوم الخلط هو يوم الاستهلاك (أنظر المادة ٧٨٨) والقول للراعي في مقدار القيمة أما إذا كان التمييز ممكناً فلا يلزم ضمان والقول للراعي في تعيين غنم كل من أصحاب الغنم (رد المحتار، الأنقروي، الخيرية).

القاعدة الثانية - إذا تلف المستأجر فيه من دون تعدي الأجير ولا تقصيره لا يلزم عند الإمام الأعظم ضمان سواء أكان الأجير خاصاً أو مشتركاً كما سيوضح ذلك قريباً.

مسائل تتفرع عن هذا:

إذا طارت شرارة من مصباح القصار بعد أن اطفأه وتركه في حانوته فأصابت الثوب وأفسدته فلا ضمان.

ثانياً ـ لو نشر الصباغ الثوب الذي صبغه مع ثياب أخرى ففقد ينظر. فإذا كان نشره داخل الحانوت لا يضمن وإلا فعليه الضمان (أنقروي).

القاعدة الثالثة – يكون الأجير المشترك ضامناً الخسارة التي تتولد عن فعله ولو لم تنشأ بتعديه وتقصيره وقد جاء ذلك في المادة (٦١١).

اختلاف الأئمة:

قد أجمع الأئمة على أن يد الأجير الخاص (يد أمانة) كما صرح بذلك في المادة (٦١٠) وقد ذكر ذلك في الشرح أيضاً.

أما الأجير المشترك ففيه أربعة أقوال:

قول الإمام الأعظم هو القول الأول. فعلى رأي الإمام الأعظم وزفر وحسن بن زياد وحماد رحمهم الله تعالى (وهو القياس).

أن يد الأجير المشترك يد أمانة كيد الأجير الخاص. لأن القبض وقع باذن المستأجر فهو في حكم الوديعة ولا يكون مضموناً على المستأجر. أما عند الإمامين فيد الأجير المشترك يد ضمان. وقد رجح الزيلعي هذا القول لأن المجلة قد قبلت قول الإمام الأعظم كما سيجيء توضيحه (أنقروي وزيلعي)

ويتفرع عن هذا الاختلاف المسائل الآتية:

أولًا: إذا ادعى الأجير المشترك أنه رد المستأجر فيه إلى المستأجر أو أنه تلف في يده بلا تعد ولا تقصير أو فقد منه أو سرق يصدق عند الإمام بناء على المادة (١٧٧٤).

وعند الإمامين لا يصدق ويجب عليه أن يثبت ما أدعاه بالبينة وقد جاء في الشلبي (وعندهما القول قول صاحب الثوب لأن الثوب دخل في ضمانه عندهما ولا يصدق على الرد إلا ببينة).

مثلًا لو طلب أحد من الخياط الثوب الذي أعطاه إليه ليمنحه وادعى الخياط أنه اعطاه إياه فعند الإمام يصدق قوله بلا بينة أما عند الإمامين فلا يصدق قوله بلا برهان (البزازية، والأنقروي، الفتاوى وابن نجيم).

ثانياً: لا يلزم الأجير المشترك ضمان على رأي الإمام الأعظم إذا تلف المستأجر فيه بلا صنعه سواء تلف قبل العمل أو بعده . وسواء أكان تلف المستأجر فيه بسبب ممكن التحرز منه كأن يكون الأجير المشترك راعياً فأكل الذئب الغنم التي يرعاها أو بسبب لا يمكن التحرز منه وسواء أشرط الضمان أو لم يشترط (زيلعي).

مثلًا إذا كان الأجير المشترك راعياً مثلًا وفقدت منه شاة فلا يلزمه ضمان.ولو قال أنه لا يعلم كيف كان فقدانها. (الخيرية).

والقول الثاني قول الإمامين. فرأيهما إنه إذا تلف الحيوان بسبب لا يمكن التحرز منه كالموت حتف الأنف وحصول حريق كبير وهجوم جماعة من اللصوص أو كان مرعى القرية غابة فلا يتمكن الراعي من الاشراف على كافة الأغنام فلا ضمان عليه عندهما. أما إذا حصل التلف بسبب كالسرقة أو لخطفه مما يمكن الإحتراز منه لزمه الضمان (الأنقروي، والتنقيح).

مثلاً إذا كان الأجير المشترك راعياً وفقد حيوان من يده وادعى أنه لا يعلم كيف فقد يكون ضامناً لأن ذلك إقرار منه بتضييع ذلك الحيوان (الخيرية، ورد المحتار).

وسيبين في المادة (٦١١) هذا أيضاً:

وخلاصة الكلام أن هلاك المستأجر فيه في يد الأجير المشترك يقع على أربعة أوجه:

١ - بفعل الأجير الذي يقع بتعدية

٢ - بفعل الأجير الذي يقع بدون تعدية

وفي هاتين الصورتين يلزم الضمان.

٣- بالشيء الذي لم يكن بفعل الأجير ويقع بشيء لا يمكن الاحتراز منه. وفي هذه الصورة لا يلزم ضمان.

٤- بالشيء الذي يمكن الاحتراز منه كالغصب والسرقة مما ليس من فعل الأجير. وفي هذه الصورة لا يلزم الضمان عند الإمام الأعظم مطلقاً سواء أكان الأجير مصلحاً أم لا ويلزم الضمان عند الإمامين مطلقاً.

وجه الإختلاف: هو أن الإمام الأعظم يقول إن الأجرة إنما هي في مقابل العمل فقط وليست في مقابل العمل والحفظ معاً فالمستأجر فيه مضمون ولا يقبل القياس على الفقرة الثانية من المادة (٧٧٧).

أما الإمامان فيقولان إن الأجرة هي في مقابل العمل مع الحفظ وليست في مقابل العمل فقط ولذلك فهي في حكم الفقرة المذكورة للمادة (٧٧٧)و(تكملة رد المحتار في الوديعة)).

وقد رجحت المتون الفقهية والخانية مذهب الإمام الأعظم كما أن المجلة قد قبلته لأنها:

أولاً: ذكرته في المادة(٦٠٩) بصورة مطلقة أي أن عدم تخصيص المجلة الأجير الخاص دليل على اختيارها مذهب الإمام المشار إليه. لأنه على رأي الإمامين يلزم الضمان إذا كان الأجير مشتركاً وكما هو مذكور في الفقرة الثانية من مثال المادة المذكورة أيضاً وهناك سيوضح ذلك (رد المحتار).

ثانياً: أن الفقرة (وبهذا الوجه لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن) من المادة (٤٧٢) هي أيضاً على قول الإمام الأعظم. أما على قول الإمامين فيجب الضمان «هداية» أنظر شرح المادة (٤٨٢).

وقد جاء في الهداية وكل صانع بعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين بعد الفراغ من عمله حتى يستوفي الأجر لأن المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع في يده لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه غير متعد في الحبس فيبقى أمانة كما كان عنده ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار إن شاء ضمنه غير معمول ولا أجر له وإن شاء ضمنه معمولاً وله الأجر راجع شرح المادة (٤٨٢).

القول الثالث: قد رأى بعض الفقهاء المتأخرين، أن يجري الصلح على نصف قيمة المستأجر فيه جبراً إذ تلف بسبب يمكن التحرز منه أي أنهم قد اختاروا في هذه المسألة قسماً من قول الإمام الأعظم وقسماً من قول الإمامين وقد افتى مشائخ الإسلام على هذا الوجه ولكن يلزم الافتاء على مذهب الإمام الأعظم من بعد صدور المجلة أنظر المادة (١٨٠١).

القول الرابع: وهو قول بعض العلماء الآخرين يلزم الأجير بمقتضى هذا القول الضمان إذا كان مصلحاً وإذا كان مستور الحال يصالح على نصف القيمة. وفي الفتاوى الخيرية تحبيذ لهذا القول وما بين الإمام الأعظم وبين الإمامين من الإختلاف فيما إذا كانت الإجارة صحيحة أما إذا كانت فاسدة فالمستأجر فيه أمانة في يد الأجير المشترك بالإتفاق فلا يلزمه ضمان (مجمع الأنهر، والتنقيح).

لكن إذا كان الشيء الذي سلم إلى الأجير ليس مما يحدث فيه العمل لا يلزم ضمان بالإتفاق بتلفه من دون تعد ولا تقصير مثلاً لو أعطى أحد آخر مصحفاً ليعمل له غلافاً وفقد ذلك المصحف من يد ذلك الشخص بلا تعد منه ولا تقصير فلا يلزمه ضمان بالإتفاق لأن المصحف لا يحدث فيه العمل وإنما يكون في غيره ولذلك ليس المصحف مما يحدث فيه العمل (علي أفندي، والتنقيح، ورد المحتار).

قيل في هذه المادة إذا تلف المستأجر فيه. أما إذا لم يتلف وخولف الشرط فيجري على ما يجيء في التفصيلات الآتية:

١- إذا أعطى أحد صباغاً ثياباً على أن يصبغها بلون كذا وخالف الشرط بأن عدل إلى غيره ينظر فإذا كانت المخالفة في الجنس كان ذلك الرجل مخيراً إذا شاء ضمن الصباغ الثياب بلونها الأصلي وتركها له. وإذا شاء أخذها بأجر المثل على ألا يتجاوز الأجر المسمى. وإذا كانت المخالفة المذكورة بالوصف فيكون ذلك الشخص مخيراً أيضاً فإن شاء ترك الثياب للصباغ وضمنه قيمتها بلونها الأصلي. وإن شاء أخذ ثيابه ودفع إلى الأجير الأجر المسمى مع أجرة الزيادة التي حدثت بذلك الوصف.

٢- لو أعطى أحد حكاك الأختام ختماً لينقش عليه اسمه فنقش عليه عمداً أو خطأ اسم غيره فيكون ذلك الرجل مخيراً فإن شاء ضمن الأجير قيمة الختم وإن شاء أخذه منقوشاً على تلك الصورة بأجر مثل عمل الأجير على الا يتجاوز الأجر المسمى.

٣- إذا أعطى أحد نقاشاً لوحاً لينقش عليه عبارة ونقش النقاش على اللوح عبارة أخرى فالمستأجر مخير ان شاء ضمنه قيمة اللوح وإن شاء أخذه على تلك الصورة بأجر المثل لعمل الأجير هذا على ألا يتجاوز الأجر المسمى.

٤ ـ وإذا أعطى أحد قماشاً إلى الخياط أن يخيطه قميصاً فخاطه سروالاً فالحكم على المنوال السابق أيضاً(الهندية في الباب السابع والعشرين).

في رعي ماشية قريه مناوبة: اذا اتفق أهل قرية على أن يرعوا مواشيهم مناوبة وفقدت مواشي أحدهم في نوبة غيره فلا يلزم صاحب النوبة ضمان إذا لم يكن ذلك عن تعديه وتقصيره. وهذه ليست بإجارة وإنما هي تعاون (البهجة والفتاوى، أبو السعود).

﴿المادة ٦٠٨﴾ تعدي الأجير هو أن يعمل عملاً أو يتحرك حركة مخالفَيْن لأمر الآجر صراحة أو دلالة مثلاً بعد قول المستأجر للراعي الذي هو أجير خاص ارع هذه الدواب في المحل الفلاني ولا تذهب بها إلى محل آخر فإن لم يرعها الراعي في ذلك المحل وذهب بها الى محل آخر ورعاها يكون متعدياً فإن عطبت الدواب عند رعيها هناك يلزم الضمان على الراعي كذلك لو أعطى أحد قماشاً إلى خياط وقال إن خرج قباء فصله وقال الخياط يخرج وفصله فإن لم يخرج قباء له أن يضمن الخياط القماش.

أي أنه يجب الضمان في الأحوال الآتية:

أولاً: تعدي الأجير أي الأجير الخاص أو الأجير المشترك الذي يوجب الضمان كما في المادة الآنفة هو أن يعمل عملاً أو يتحرك حركة مخالفين لأمر الآجر أو لمقتضى العقد صراحة أو دلالة أو يستهلك المستأجر فيه وتقييد الأجير في المثال بالأجير الخاص إنما هو عرضاً واتفاقاً لا يقصد الإحتراز.

وإذا عاد الأجير بعد المخالفة مرة إلى الوفاق فلا يخلص من الضمان أيضاً (الأنقروي). والمراد من التعدي في هذا الباب هو الإستهلاك وجناية اليد ومن التقصير هو التقصير في الحفظ وهذان اللفظان إنما هما على مذهب الإمام (هامش الأنقروي).

مثال للحركة المخالفة للأمر صراحة:

مثلاً بعد قول المستأجر للراعي الذي هو أجير خاص أي أجير واحد إرع هذه الدواب في المحل الفلاني ولا تذهب بها إلى محل آخر فإن لم يرعها الراعي في ذلك المحل وذهب إلى محل آخر ورعاها يكون متعدياً بحركته المخالفة لأمر المستأجر الصريح فإن عطبت الدواب عند رعيها هناك

يلزم الضمان على الراعي ولو لم يتعد تعدياً آخر أي أنه إذا رعى الحيوان في غير المكان المشروط وتلفت ضمن قيمته وليس له أجر أما إذا لم يتلف فيلزم الأجر المسمى استحساناً.

وإذا اختلف المستأجر والأجير فقال المستأجر قد شرطنا رعي المواشي في المحل الفلاني وقال الأجير لم نشترط ذلك قبلت البينة ممن يقيمها منهما وإذا أقام الإثنان البينة رجحت بينة الراعي وإذا لم يقم أحدهما فالقول للمالك بالإجماع (الأنقروي، والخصالي، والبزازية).

مثال للحركة المخالفة للأمر دلالة: لو أعطى أحد قماشاً الى خياط وقال ان خرج قباء فصله بكذا قرشاً أجرة فإن لم يخرج قباء فلصاحب القماش أن يضمنه الخياط.

لأن الاذن بالتفصيل متعلق بخروجه قباء ولذلك يفهم أن الخياط ليس مأذوناً بتفصيله إذا لم يكن كافياً لقباء وإن فصله الخياط ولم يخرج قباء فيكون قد خالف أمر المستأجر دلالة.

أما إذا أعطى ذلك الشخص القماش وقال له هل يكفي قباء لي فقال الخياط يكفي فقال له صاحب القماش فصله ففصله ولم يخرج قباء فلا يلزم الخياط ضمان لأن الاذن في هذه الصورة مطلق فلا يتعلق بأول كلامه فيكون قاطعاً باذن ثم لا يكون قوله نعم اغراراً له حتى يضمن لأن مجرد القول لا يوجب الضمان على الغار وإنما يوجبه ان لو كان في ضمن العقد وإن لم يكن فلا يضمن ولكن لو قال الخياط نعم فقال المالك اقطعه اذن ضمن إذ علق الاذن بشرط.

إذا نزل المكاري في منقطع عن العمار وكان في إمكانه أن يفارق ذلك المكان ولم يفارقه لكونه مباءة اللصوص ونزول الأمطار الغزيرة وبقي فيه فأفسد المطر ما معه من الأحمال أو سرقها اللصوص منه يكون ضامناً (رد المحتار، والأنقروي).

كذلك لو قال صاحب الأرض للفلاح أنقل هذه الحنطة من هنا إلى المحل الفلاني لأن الرطوبة هنا تفسدها إن بقيت وقبل الفلاح ذلك أي تعهد به ولم ينقل الحنطة وفسدت ضمن بدلها.

وكذلك إذا ذهب الحمال من طريق غير الطريق التي عينها له المستأجر وتلف الحمل ضمن أنظر شرح المادة(٥٧٣) (الهندية في الباب الثاني والعشرين).

ثانياً: مخالفة الأجير مقتضى العقد يوجب الضمان أيضاً أنظر المادة(٤٨٣).

ثالثاً: إنكار الأجير المستأجر فيه موجب للضمان أيضاً.

مثلاً إذا أنكر القصار الثياب المعطاة إليه لقصرها عند طلبها منه ثم بعد ذلك لو سرقت أو حرقت ضمن قيمتها لأنه أصبح بعد الإنكار المذكور غاصباً. وإذا استحصلها صاحبها بعدئذ ممن سرقها مثلاً فعليه أن يعطي الأجير أجرته إذا غسلها قبل الجحود لأن العمل وقع لصاحب الثياب أما إذا كان الغسل بعد الجحود فليس على صاحبها من أجرة لأن القصار قصرها بغير عقد فلا يستحق الأجر(الخانية).

وإذا كان الأجير صباغاً فالحكم في ذلك على المنوال المذكور فإذا صبغه قبل الجحود لزمت الأجرة .

وإذا صبغه بعد الجحود يكون صاحبها مخيراً. إن شاء أخذ الثياب وأدى الصباغ الزيادة الحاصلة من الصباغ وإن شاء ترك الثياب للصباغ وضمنه مجموع قيمتها. أنظر المادة(٨٩٧).

رابعاً: إذا دفع للطحان حنطة كي يطحنها وأنكرها الطحان فإذا طحنها بعد الإنكار لا أجرة له وتبقى الحنطة للطحان ويضمن حنطة صاحب المال. كما لو دفع للنساج خيطاناً كي ينسج له قماشاً فالحكم في هذا كحكم الحنطة على ما شرح (الخانية).

مثلاً إذا هلكت الدابة بدون تعدي الراعي وتقصيره لا يلزم الضمان سواء أكان الراعي أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً مثلاً وإذا هلكت الدابة بآفة سماوية وهي في يد الراعي لا يلزمه الضمان (البزازية).

وهاك إيضاح الأحوال التي توجب ضمان الأجير والتي لا توجبه وهي:

١- ليس للراعي انزاء الذكر من الحيوان على الإنثى بدون إذن صاحبه. فإن فعل وهلك الحيوان لزم الضمان. وأما إذا نزا الحيوان بنفسه وهلك فلا ضمان. لأن الأجير في الصورة الأولى يعد متعدياً باتيانه عملاً غير مأذون فيه وأما في الصورة الثانية فليس للأجير من عمل.

٢- إذا جذب الثوب صاحبه عندما احضره الخياط له وتمزق بسبب شد المالك إياه لا يلزم الخياط ضمان وأما إذا تمزق من جذب كل من المالك والخياط معاً لزم الخياط ضمان نصف قيمته أنظر المادة (٩١٥).

٣- إذا ارسل الخياط الثوب بعد خياطته إلى صاحبه مع ولده الموجود في عياله وهلك الثوب ينظر. فإن كان الولد بالغاً عاقلاً مقتدراً على الحفظ لا يلزم الأجير ضمان(أنظر المادة ٧٩٥) وإلا ضمن لتضييعه المستأجر فيه بتقصيره في الحفظ. (الهندية والبزازية والأنقروي ورد المحتار).

٤- للراعي أن يرد الحيوانات إلى المستأجر مع أجيره الخاص وابنه الكبير الموجود في عياله. ولكن ليس له أن يردها مع غير امينه. فإن ردها وهلكت ضمن (أنظر متن المادة ٧٩٥ وشرحها).

٥- إذا دفع رجل للنساج خيطاناً كي ينسج له قماشاً فاعطى النساج الخيطان لشخص آخر وهلكت بعد ذلك ينظر. فإن كان ذلك الشخص الآخر أجير النساج فلا ضمان. وإن كان أجنبياً ضمن (أنظر المادة ٧٩٥). (البزازية والأنقروي).

٦- إذا ترك الدلال المال بيد الأجنبي الذي يسوم للشراء بدون اذن صاحبه وضاع المال بيد ذلك الأجنبي بعد مفارقة الدلال لزم الدلال الضمان لأن الدلال وديع وليس للوديع أن يودع الوديعة عند آخر (التنقيح) «أنظر المادة ٧٩٠».

٧- إذا دفع شخص للصباغ ثوباً لصبغه بلون أحمر فصبغه الصباغ بلون أصفر فذلك الشخص مخير. إن شاء ضمن الصباغ قيمة الثوب وهو بحالة البياض وإن شاء قبله وأدى للصباغ فضل القيمة الذي حصل من الصباغ الأصفر. وعلى كل الأجرة غير لازمة. وأما إذا صبغه الصباغ

أحمر ولكن بصباغ رديء ينظر. فإن كانت رداءة الصباغ فاحشة في نظر أهل الخبرة ضمن قيمة الثوب أبيض. وإن كانت غير فاحشة لا يلزم الضمان ويؤدي الأجر المسمى «رد المحتار».

٨- إذا أفسد الخياط الثوب وأخذه صاحبه وارتدى به مع علمه بفساده فليس له التضمين لأنه رضي بعيبه «الأنقروي».

﴿المادة ٦٠٩﴾ تقصير الأجير هو قصوره في المحافظة على المستأجر فيه بلا عذر مثلاً إذا فر من القطيع رأس غنم لعدم لحاق الراعي له تكاسلاً وإهمالاً فضاع لذلك رأس الغنم فيضمن الراعي لتقصيره. أما إذا كان عدم لحاقه له ناشئاً عن غلبة احتمال ضياع الغنم الباقية لا يلزمه ضمان لأنه معذور.

تقصير الأجير أي الأجير الخاص أو المشترك. التقصير الذي يوجب الضمان حسب المادة «٦٠٧» هو كأن يقصر بلا عذر في المحافظة على المستأجر فيه، أما إذا لم يستطع حفظ المستأجر فيه لعذر ما فلا يكون ذلك منه تقصيراً.

المسائل المتفرعة عن هذا:

١ - إذا فرت شاة من القطيع مثلاً وضاعت لعدم لحاق الراعي بها والقبض عليها مع عدم وجود احتمال ضياع الغنم الباقية على تقدير تعقيبه إياها تكاسلاً وإهمالاً منه يضمن الراعي بسبب تقصيره في الحفظ سواء أكان الراعي أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً.

وأما إذا كان عدم لحاق الراعي للحيوان الهارب وقبضه عليه ناشئاً عن غلبة احتمال ضياع الحيوانات الباقية على تقدير تعقيبه إياها وعدم وجود من يرسله خلفها فلا يلزمه الضمان لأنه معذور. سواء أكان الراعي أجيراً خاصاً أو أجيراً مشتركاً. لأنه وإن كان في ذلك ترك الحفظ فهو معفو عنه لاقترانه بعذر (النتيجة والفتاوى الجديدة ومجمع الأنهر). كما هو في الوديعة (أنظر المادة ٧٨٧). وعدم الضمان في هذه المسألة متفق عليه فيما لو كان الأجير خاصاً. وأما إذا كان الأجير مشتركاً فعدم الضمان على مذهب الإمام الأعظم (الخلاصة).

ولزوم الضمان في المسألة المذكورة عند الإمامين رحمهما الله تعالى لأن الأجير طمعاً بالأجر الوافر يتقبل الكثير من الحيوان فوق اقتداره (رد المحتار).

ويتبين من هذه المسألة أيضاً أن المجلة اختارت مذهب الإمام الأعظم في عدم ضمان الأجير المشترك.

ثانياً - إذا هلك الحيوان أثناء نوم الراعي لزمه الضمان لتركه الحفظ كما أنه يضمن أيضاً إذا هلك الحيوان أثناء غلبة النوم وهو جالس في محله وبعد أن غاب الحيوان المذكور عن نظره (الأنقروي).

ثالثاً – إذا فاض مجرى الطاحون وتلفت الحنطة فكما أن الطحان يضمن كذلك إذا ترك الطحان الطاحون بدون أن يقفل بابها وسرقت الحنطة أو سرق الدقيق (الهندية قبل الباب الثامن والعشرين وفتاوى ابن نجيم).

رابعاً – إذا أجفلت الدواب وتفرقت في أنحاء مختلفة ولم يتمكن الراعي من مطاردتها وجمعها كلها لا ضمان عند الإمام الأعظم ويلزم الضمان عند الإمامين (رد المحتار).

خامساً – إذا هلك الحيوان في الطريق. بينما كان الراعي المشترك يرده إلى صاحبه مع أولاده غير القادرين على الحفظ أو مع شخص ليس بأمين له لزمه الضمان. وأما إذا هلك أثناء رده مع أمينه فلا ضمان. (أنظر شرح المادة ٦٠٧) (التنقيح).

سادساً – إذا استأجر شخص بغلاً وبينما كان يسوقه مع حمار له وقع الحمار فانشغل بتخليصه خشية أن يهلك فدفع البغل والحالة هذه إلى رفيقه لعدم تمكنه من حفظه وهلك البغل بيد رفيقه المرقوم لا يلزم ذلك الشخص ضمان (الخيرية).

سابعا – إذا ترك النساج في زمن كثرت فيه اللصوص في دكانه الشيء الذي نسجه وسرق وبعد أن قفل الباب وذهب إلى داره ينظر إن كان من المعتاد ترك دكان كهذه على ذلك الوجه في مثل هذا الوقت لا يلزم الضمان. وإلاّ فالضمان لازم لأنه يكون مقصراً في الحفظ ومضيعاً المال (الأنقروي).

﴿المادة ٦١٠﴾ الأجير الخاص أمين. فلا يضمن المال الهالك بيده بغير صنعه وكذلك لا يضمن المال الهالك بعمله بلا تعد.

الأجير الخاص أمين بالإتفاق أما الأجير المشترك فيعد أميناً عند الإمام فقط وبالإتفاق لا يضمن الأجير الخاص والأجير المشترك المال الهالك بيده بغير صنعه يعني بدون سبق عمل منه وإن شرط الضمان ولا تنقص أجرة الأجير الخاص بهلاك بعض المال لأن الأجير الخاص يستحق الأجرة بكونه حاضراً ومهيأً للعمل.

مثلاً إذا تلفت جميع الحيوانات في يد الأجير الذي استؤجر على أن يكون أجيراً خاصاً وبقي بعد ذلك الأجير مهيأ للعمل فله أخذ جميع أجرتها (رد المحتار، الزيلعي).

المسائل المتفرعة عن هذا:

أولاً – لا يضمن حارس الخان الشيء الذي سرق في غرف الخان أو في ساحته. وكذلك حارس السوق (رد المحتار).

وما على الحارس شيء لو نقب — في السوق حانوت على ما فيه كتب
وليس يضمن الذي منها سرق — إذ بالأجير الخاص ذاك يلتحق.

إذا فقد الولد أو فقدت الحلي التي عليه أو سقط من يد الظئر وتوفي لا ضمان على الظئر التي هي أجير خاص (التنوير والأنقروي).

الحكم في الأجير المشترك أيضاً هو على الوجه المذكور عند الإمام الأعظم كما ذكر في شرح المادة (٦٠٧) أي أنه لا يضمن المال الهالك وهو بيده بغير صنعه وإن تلف وهو في يده بغير عمله بأن دفعه بعض الناس لا يضمن عند أبي حنيفة أيضاً خلافاً لهما (الشبلي). وسواء أتلف المال بسبب يمكن التحرز منه أو بسبب لا يمكن التحرز منه.

وعليه حيث أن المجلة رجحت واختارت مذهب الإمام المشار إليه كما مر في شرح المادة ٦٠٧ السالفة الذكر فلم يكن من اللازم تخصيص هذه الفقرة بالأجير الخاص بل كان يجب أن يقال (الأجير أمين).

وإن تخصص الفقرة الآتية بالأجير الخاص. لأن الفقرة المذكورة مخصوصة بالأجير الخاص ولا يجري حكمها على الأجير المشترك. كما سيفهم من المادة ٦١١ (الهندية في الباب الثامن والعشرين).

ثالثاً - وكذلك لا يضمن الأجير الخاص المال الهالك بصنعه بلا تعد أيضاً أي بعمله الشيء الذي أذن به. ويأخذ كامل أجرته لأن منافع الأجير الخاص ملك المستأجر فمتى أمر المستأجر الأجير بالتصرف في المأجور صح ذلك وكان الأجير قائماً مقام المستأجر في التصرف المذكور كان المستأجر قبل ذلك الشيء بنفسه (الدرر).

مثلاً إذا تلفت الحيوانات بينما كان الراعي يرعاها أو يوردها الماء لا يضمن.

رابعاً - إذا أتلفت الحيوانات بعضها بعضاً بينما كان الراعي الأجير الخاص يسوقها لا يلزمه الضمان (البزازية ورد المحتار).

خامسا - إذا اشترى رجل إناءً من السوق وأرسله مع خادمه إلى داره فزلت قدم الخادم في الطريق فسقط وانكسر الإناء لا يضمنه.

وأما إذا تلف ذلك المال بإتيان الأجير عملاً غير العمل الذي أمره وأذنه به المستأجر يضمن الأجير بناء على ما جاء في المادة (٦٠٨) (رد المحتار). مثلاً لو اشترى شخص من السوق إنائين وأمر خادمه بنقل أحدهما وعينه له إلى داره فنقل خادمه الإناء الثاني بلا أمر ولا إذن فعثر في الطريق ووقع وانكسر ذلك الإناء كان الخادم ضامناً له. لأنه تعدى بإجرائه غير العمل الذي أمره سيده به.

ورد في المجلة (بلا تعد) لأن الأجير الخاص إذا أتلف المال قصداً وتعدياً يضمن. كما هو في الوديعة أيضاً.

المسائل المتفرعة على هذا:

أولاً - إذا ترك الأجير الخاص الغنم التي كان يرعاها وحدها بدون محافظ وفقد مقدار منها يكون ضامناً (التنقيح).

ثانياً – إذا ضرب الراعي عمداً رجل الشاة فكسرها أو قلع عينها يضمن «عبد الحليم» وعلى ذلك إذا تلف الحيوان بعد كسر رجله بمدة يضمن قيمته يوم كسرت رجله. لا قيمته يوم هلاكه (الخيرية).

ثالثاً – إذا ذبح الأجير الحيوان يضمن. وأما إذا ذبحه الأجير والأجنبي بسبب مرضه ينظر. فإن كان خلاصه مأمولاً أو مشكوكاً به يضمن وإن كان موته متيقناً لا يضمن ولكن الحيوانات التي لا تؤكل لحمها كالبغل والحمار لا تذبح (رد المحتار) لأنه لا محل لقول اني ذبحتها لأجل الإنتفاع بلحمها. ولا يذبح الحمار ولا البغل إذ لا يصلح لحمها ولا الفرس عنده لكراهته تحريما (رد المحتار).

إذا قال الأجير ذبحته ليتيقن موته لا يصدق الأجير في قوله ما لم يصادق صاحبه على تيقن موته. لإقراره بسبب الضمان. وعلى هذا التقدير القول مع اليمين بأنه لم يتيقن الموت لصاحب الحيوان وعلى الذابح إقامة البينة على أن موته متيقن (رد المحتار والأنقروي) فإذا لم يقتدر الذابح على إقامة البينة وحلف صاحب الحيوان اليمين يضمن قيمته يوم الذبح. وإذا حصل اختلاف على مقدار قيمته فالقول مع اليمين بموجب المادة (٨) للذابح والبينة على المالك الذي يدعي الزيادة (الخيرية). وأما إذا ادعى الراعي بأن الحيوان مات حتف أنفه فيصدق بيمينه. كما مر في شرح المادة «٦٠٧» ولو كان المستأجر اشترط عليه إحضار جلده إذا هلك والضمان عند عدم إحضاره. «رد المحتار».

رابعاً – إذا أعطى الراعي شاة رجل إلى شخص آخر واستهلكها ذلك الشخص لزم الراعي الضمان، إن أقر الراعي بذلك. وأما في حالة إقرار الراعي بأن الشاة المذكورة هي مال ذلك الشخص فليس له أن يضمنه إياها «مجمع الأنهر».

﴿المادة ٦١١﴾ الأجير المشترك يضمن الضرر والخسائر التي تولدت عن فعله ووصفه إن كان بتعديه وتقصيره أو لم يكن.

يضمن الأجير المشترك الخسائر المتولدة من فعله وإن لم يكن تجاوز المعتاد يعني أن الأجير المشترك ضامن للخسارة التي تتولد عن فعله سواء أكان متعدياً أو لم يكن وسواء تجاوز المعتاد أو لم يتجاوز. لأن ما يدخل تحت عقد الإجارة هو العمل السليم. وأما العمل الفاسد فلا يدخل تحت الإجارة. وبناء عليه يكون الأجير المشترك بهذه الصورة فعل شيئاً غير داخل تحت الإجارة وليس مأذوناً بعمله بحكم الإجارة.

والمستأجر والحالة هذه مخير. إن شاء ضمنه قيمته بحاله وهو غير معمول وإعطاء أجرته. لأن الأجير لم يف منفعة بل أورث ضرراً «رد المحتار» وإن شاء ضمنه قيمته معمولاً وأعطاه أجر مثله «الهندية في الباب الثامن والعشرين».

يظهر من ذكر العمل في المجلة بصوره مطلقة أنه موجب للضمان سواء تجاوز العامل المعتاد

أو لم يتجاوز. المسائل المتفرعة عن هذا:

أولاً - إذا مزق القصار الثياب وهو يغسلها أو زلقت رجل الحمال وتلف الحمل يكون ضامناً ما أتلف كما يكون ضامناً إذا غرق الزورق في أثناء تجديفه بالمجداف وهلك ما فيه من الأشخاص والأموال. «رد المحتار».

ثانياً - إذا زلق الحيوان وهو يسوقه أو انقطع الحبل والمكاري يشده فوقع الحمل وتلف يكون ضامناً ولو كان صاحب المال معه لأن التلف حصل من ترك الإحتياط والتوثق في الربط. وأما إن كان الحبل مال صاحب الحمل أو أن انقطاع الحبل لم يكن من سوق المكاري بل هبت الريح والحيوان واقف فجفل الحيوان فانقطع الحبل وتلف الحمل لا يلزم الضمان «رد المحتار وشبلي والهندية».

ثالثاً - إذا تلف الحمل بأن زلق الحمال أو بأن زحمه الناس فوقع يضمن. لأن التلف الحاصل من زلقه حصل من تركه التثبت في المشي «مجمع الأنهر». وصاحب المال مخير إن شاء ضمنه قيمته محمولاً وأعطاه أجرته وإن شاء ضمنه قيمته غير محمول ولم يعطه أجرته.

وأما إذا حصل ازدحام على الحمال وتلف الحمل بعد ذلك لا يلزمه الضمان «الأنقروي، والبزازية».

رابعاً - إذا ساق الراعي الذي هو أجير مشترك الحيوانات بسرعة فسقطت في الماء أثناء تسابقها أو هلكت بصورة أخرى يضمن كذا لو ضرب الحيوان في أثناء سوقه وهلك يضمن «الهندية في الباب الثامن والعشرين».

خامساً - إذا سلم عنب الى الحمال على أن ينقله إلى المحل الفلاني فتأخر الحمال وفسد العنب أو حرق الطاهي الطعام بطبخه لزم الضمان «البزازية، والأنقروي».

سادساً - إذا احترق الخبز قبل أن يخرجه خباز المستأجر أي الذي في بيته التنور لزم الضمان.

سابعاً - إذا أسقط النحي الذي جلب فيه شيئاً من السوائل كالخل والزيت وهو ينزله عن ظهر الدابة فانشق وسال ما فيه ضمن قيمته كما يضمن النقصان في القيمة الذي طرأ على النحي (التنقيح).

ثامناً - إذا سلم شخص أمتعته للملاح كي يوصلها إلى محل معين فوضعها في السفينة وغرقت السفينة وهو ذاهب من مد تجديفه يضمن الملاح الأمتعة. سواء تجاوز المعتاد في التجديف أو لم يتجاوز ولكن إذا غرقت من الريح أو من الموج أو من وقوع شيء آخر عليها لا يضمن (رد المحتار).

جاء في المجلة (من فعله). لأنه إذا لم تتولد الخسارة والضرر المذكور من فعل الأجير وصنعه لا يضمن عند الإمام سواء كان التلف ناشئاً عن سبب ممكن التحرز منه أو عن سبب غير ممكن

التحرز منه كالحريق العظيم أو هجوم شرذمة من اللصوص وغرق الزورق من الريح والموج. ولو شرط الضمان. لأن قبض المستأجر فيه إنما كان باذن المؤجر فتكون العين أمانة بيده. ويكون شرط الضمان شرط فيه لا نفع لأحد العاقدين وليس من مقتضى عقد الإجارة (الهندية في الباب الثامن والعشرين، ورد المحتار).

مثلاً لو انشق النحي بينما كان المكاري ينقل ما فيه وكان للمستأجر وتلف ما فيه من السوائل لا يلزمه الضمان. لأن التقصير يكون وقع من طرف المستأجر لوضعه السوائل بنحي غير متين (التنقيح). وأما عند الإمامين الهمامين فيلزم ضمان المستأجر فيه إذا هلك بسبب يمكن التحرز منه كما مر على وجه التفصيل في شرح المادة (٦٠٨).

ويمكن الإستدلال من تخصيص الضمان في هذه المادة بفعل الأجير المشترك فقط على أن المجلة اختارت مذهب الإمام الأعظم (البزازية).

عمل أجير الأجير المشترك مضاف له أي للأجير المشترك. بناء عليه إذا أعطي ثوب لخياط فهلك والأجير يخيطه كان ذلك الخياط ضامناً.

كما لو هلك الثوب المعطى للقصار وتلميذ القصار نفسه يلزم الضمان على القصار. والأجير بريء منه لأن التلميذ أجير ذلك الأجير وحده. راجع المادة الآنفة (رد المحتار، والزيلعي).

- في بيان مسائل متفرقة في حق ضمان الأجير وخلافه -

إذا وضع المستأجر حملاً على الدابة التي استكراها وركب فوقه وبينما كان المكاري يسوقه زلق الحيوان فتلف الحمل لا يلزم المكاري الضمان لأنه لما كان صاحب المتاع معه فالمتاع في يده.

كذلك لو تلف الحمل بينما كان المستأجر والأجير كلاهما راكبين على الدابة أو في اثناء سوقهما أو قودهما اياها فالحكم على المنوال المشروح (رد المحتار).

وكذلك إذا سرق المتاع من على ظهر الحمال وكان صاحبه موجوداً معه لا يلزم الضمان. لأن الحمل لم يسلم إلى الأجير على هذا التقدير (الهندية في الباب الثامن والعشرين).

٢ - ليس للراعي أن ينتفع من منافع الحيوانات كلبنها.

٣ - إذا سرق شيء من الحي لا يلزم الحارس ضمان.

٤ - إذا اقتلع شخص سنه بمعرفة شخص آخر ثم ادعى قائلاً إنك لم تقلع السن الذي قلت لك أقلعه بل قلعت السالم منه وإنكسر الآخر فالقول قول ذلك الشخص.

٥ - إذا قلع رجل سن آخر وبينما هو يخلع السن الفاسد خلع معها السن التي بجانبها فلا ضمان «البزازية».

في الخلاف بين الآجر والمستأجر

٦ - إذا ادعى أحد الطرفين عقد الإجارة وأنكره الآخر فالقول مع اليمين للمنكر. ويحلف هنا على الحاصل كما هو مذكور في المادة (١٧٤٩). يعني يحلف على (أن الإجارة اللازمة التامة بينك

وبين فلان في المال الفلاني ليست باقية وإنه ليس للمدعي هذا عندك حق من جهة الإجارة المذكورة. .) (التنقيح).

٧ - إذا اختلف المستأجر والآجر فيما لو قال المستأجر بعد أن سكن في الدار المأجورة كنت ساكناً فيها بلا أجرة وقال الآجر كنت ساكناً فيها بأجرة فالقول قول المستأجر والبينة على الآجر (البزازية).

كذلك إذا اختلف مستأجر وخياط فيما إذا قال المستأجر امرتك بخياطة ثوب وقال الخياط أمرت بخياطة قميص أو حصل اختلاف بين مستأجر وصباغ بأن قال المستأجر قلت اصبغه صباغاً أحمر وقال الصباغ قلت صباغاً أصفر فالقول مع اليمين للمستأجر. فإذا حلف المستأجر اليمين يكون مخيراً في الصورة الأولى. ان شاء ضمن قيمته غير معمول ولا يدفع أجرة. وإن شاء قبل القماش على تلك الصورة وأعطى أجر المثل بشرط أن لا يتجاوز الأجر المسمى. وفي الصورة الثانية تجري المعاملة على ما في المسألة التي ذكرت في أواخر شرح المادة (٦٠٨).

٨ - إذا اختلف في مقدار الأجرة ترجح بينة المؤجر.

مثلاً إذا اختلف المستأجر والمؤجر كما لو قال الآجر أني آجرتك دابتي هذه حتى تذهب إلى القدس الشريف بمائتي قرش وقال المستأجر انك آجرتني بمائة قرش ترجح بينة الآجر. وإذا لم يكن للطرفين بينة فالقول للمستأجر. (البزازية).

إذا اختلفا في المنفعة ترجح بينة المستأجر.

مثلاً لو قال المؤجر آجرت شهراً وقال المستأجر آجرت شهرين ترجح بينة المستأجر (الخصالي).

٩ - إذا حصلت المساومة مع مكار على نقل حمل إلى محل معين بكذا قرشاً كل كيلة ولما نقل الحمل اختلفا في مقداره فالقول قول صاحب الحمل. وتلزم الأجرة على تلك النسبة. وان شاء الحمال كالها (الاشباه والحموي).

١٠ - إذا اختلف الراعي والمالك على عدد الحيوانات فالقول للراعي والبينة على المالك.

١١ - إذا قال صاحب الحمل أعطيت أجرة الحمل وقال الحمال لم آخذ واختلفا في ذلك فالقول قول الحمال (البزازية).

١٢ - إذا ارسل شخص مع حمال من بلدة حملاً على أن يسلمه للسمسار في البلد الفلاني ولدى الوزن تبين أن الحمل ناقص عن المقدار المحرر في الكتاب الذي أرسله الشخص المذكور إلى السمسار فليس للسمسار حق الخصومة مع الحمال بل تكون بين الحمال وبين ذلك الشخص.

١٣ - إذا قال صاحب المال عندما أحضر الغسال له الثياب ليست هذه ثيابي بل ثيابي غيرها وقال الغسال هذه هي ثيابك واختلفا على هذه الصورة فالقول قول الغسال (البزازية).

١٤ - إذا سلم شخص إلى خياط قماشاً مع بطانته وقال بعد أن خيطه هذه البطانة ليست لي وقال الخياط بل هي لك واختلفا فالقول مع اليمين قول الخياط. ولذلك الشخص في هذه الصورة أن يستعمل الثوب مع تلك البطانة.

١٥ - إذا اختلف المستأجر والأجير في العمل الذي أوفى في المأجور والمستأجر فيه موجود في يد الأجير فالقول قول الأجير.

مثلاً لو قال الغسال والثياب عنده غسلت الثياب فأريد أجرتها وقال المستأجر أنا غسلتها في بيتك أو خادمي غسلها فليس لك حق في الأجرة وحصل بينهما اختلاف على هذا الوجه فالقول قول الغسال.

وأما إذا كان المستأجر فيه موجوداً في يد صاحب المال أو في يد شخص أجنبي فالقول قول صاحب المال إلا أنه للأجير أن يحلف المستأجر إذا شاء على أن ليس بذمته دين كذا قرشاً للغسال من جهة الغسل وإلا فلا يحلف الغسال على أنه لم يغسل (البزازية في أول الإجارة).

١٦ - مثلاً لو استأجر الصباغ دكاناً وبعد أن مكث فيها مدة اختلف هو والآجر في الأشياء التي يحدثها وينشؤها الصباغ عادة وعرفاً كأن قال المستأجر أنا أنشاتها وقال الآجر بأنها كانت موجودة وقت الإجارة فالقول قول المستأجر. ولكن إذا حصل الاختلاف المذكور على بناء الدكان وعلى الأخشاب والجسور الموضوعة على السقف وخلافه أو على أشياء موجودة في داخل الدكان. كالحطب والأجر والكلس واللبن فالقول مع اليمين قول الآجر. وإذا أقام الطرفان البينة فتكون على الآجر في المواضع التي يكون القول فيها للمستأجر (البزازية).

١٧ - إذا اختلف المستأجر بعد أن استأجر شيئاً وقبل أن يتصرف فيه مع الآجر في مقدار الأجر أو في المدة والمسافة فالحكم في ذلك على ما يأتي بيانه في المادة (١٧٧٩) (الأنقروي).

١٨ - إذا اختلف المستأجر والآجر كما لو قال المستأجر أعطيته شهرين بمائة قرش وقال الآجر أعطيتك شهراً بمائة قرش فأيهما أقام البينة يقبل منه. وإذا أقام كلاهما البينة ترجح بينة المستأجر.

١٩ - إذا اختلف الطرفان في المدة والأجرة كلتيهما فأيهما أقام البينة يقبل وان أقامها كلاهما يحكم بالبينتين إذ يحكم ببينة المؤجر في زيادة الأجرة وببينة المستأجر في زيادة المدة أو المسافة. وأما إذا لم يتمكن أحد منهما على إقامة البينة يجري التحالف فأيهما أدعى في الأول يحلف خصمه أولاً. وإذا حلف كلاهما تفسخ الإجارة. ولكن إذا كان الإختلاف حصل بعد مرور مدة الإجارة أي بعد استيفاء كامل المنفعة فالقول قول المستأجر ولا يجري التحالف (الأنقروي).

٢٠ - إذا اختلف الطرفان على الوجه السابق بعد مرور بعض مدة الإجارة أو بعد أن قطع المستأجر بعض الطريق يجري التحالف فان حلف كلاهما تفسخ الإجارة في حق المدة الباقية وإما في المدة المنقضية فالقول قول المستأجر . راجع المادة (١٧٨١) (رد المحتار).

الكتاب الثالث

الكفالة



الكفالة

ويحتوي على مقدمة وثلاثة أبواب

مشروعية الكفالة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة.

فقد جاء في القرآن الكريم (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم)وجاء في السنة(الزعيم غارم) أي الكفيل ضامن (فتح القدير)(أنظر المادة ٦٤٣).

للكفالة عدة محاسن جليلة.

كإزالة خوف الدائن وآلامه من ضياع ماله وخوف المدين على نفسه فعليه فللكفيل بذلك يد على الدائن والمدين معاً والكفالة من هذه الجهة تعد من الأفعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال «وكفلها زكريا» في قراءة التشديد يتضمن الإمتنان على مريم إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك وسمي نبياً بذي الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم (الشبلي).

ومع ذلك فالإمتناع عن الكفالة أقرب للحيطة والحذر لأنه جاء في التوراة (الزعامة أولها ملامة واوسطها ندامة وآخرها غرامة). وبعبارة أخرى إن الكفيل يكون معرضاً للوم الناس وقد يلوم نفسه بنفسه على مجازفته بالكفالة وبما أنه يكون مطالباً بحسب الكفالة بتأدية دين غيره قد يندم لتطويحه ماله في سبيل غيره وقد يلحقه ضرر بضمانه المال الذي تعهد به ونصب وتعب في السعي وراء الحصول على الشخص المكفول. لأن الغرم لزوم الضرر ومنه قوله تعالى «إن عذابها كان غراماً» (رد المحتار).



المقدمة

في اصطلاحات فقهية تتعلق بالكفالة

الكفالة لغة بمعنى الضم والعلاوة وعليه فنقلها إلى معنى المادة الآتية من قبيل نقل العام إلى الخاص قال الله تعالى (وكفلها زكريا) أي ضمها إلى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام «أنا وكافل اليتيم كهاتين» أي ضام اليتيم إلى نفسهٰ (رد المحتار في أول الكفالة).

خلاصة الباب الأول

قد ادرجنا هنا خلاصة المسائل إلى الباب الثاني.

تعريف الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء وترد على هذا التعريف الإعتراضات الآتية:

١- إذا كفل أحد نفس صبي بلا أمر كان الكفيل مطالباً والأصيل غير مطالب.

٢- إذا كفل أحد ديناً على آخر وأنكر المدين الدين وحلف اليمين طولب الكفيل بالدين دون الأصيل.

جواب الأول- التعريف بالأخص.

جواب الثاني- يكفي زعم الكفالة لثبوت المطالبة.

يثبت حق المطالبة في ذمة الكفيل بالكفالة بالعين أو بالنفس ولا يكون ديناً لأن في هذه الأحوال لا يوجد دين أساساً. وفي الكفالة بالدين على قول لا يثبت في ذمة الكفيل غير حق المطالبة وليس الدين لأنه:

أولاً: يحصل توثيق الحق بثبوت حق المطالبة في الكفيل ولا حاجة إلى ثبوت الدين.

ثانياً: بما أن الدين يبقى في ذمة الأصيل بعد الكفالة فإثبات الدين في ذمة الكفيل قلب للحقيقة ولكن يعترض على هذا السبب الثاني بأن للمغصوب منه حق المطالبة بالمال المغصوب من الغاصب أو غاصب الغاصب فيمكن تطبيق مسألة الكفالة على هذه المسألة الشرعية. ويجاب على ذلك بأن هناك فرقاً بين هاتين المسألتين: بأنه للدائن حق مطالبة الأصيل أو مطالبة الكفيل أما المغصوب منه فليس له إلا أن يطالب واحداً من الغاصب أو غاصب الغاصب فقط بالمال المغصوب وليس له إذا طالب أحدهما به أن يطالب الآخر.

ثالثاً: وإذا ثبت دينان تستحيل المطالبة باحدهما دون الآخر.

شروط الكفالة

في الكفيل والمكفول عنه والمكفول له والمكفول به

١- الكفيل:
- يشترط كونه عاقلاً بالغاً
- يشترط كونه راضياً
- يشترط ألا يكون مريضاً مرض الموت
- يشترط أن يكون غير المكفول له

أنظر المادة ٦٢٨

٢- المكفول عنه:
١- يشترط أن يكون معلوم الهوية أي شخصه
٢- وكونه عاقلاً بالغاً ليس بشرط.
٣- وكونه معلوم الاسم ليس بشرط.
٤- وإذا كان مفلساً وكان حياً تصح الكفالة بالإتفاق وإذا توفي فليست صحيحة على رأي الإمام الأعظم أما الإمامان فقد ذهبا إلى صحتها

٣- المكفول به:
١- يشترط في الكفالة بالنفس العلم بالشخص والمكان [1].
٢- وفي الكفالة بالمال أن يكون مضموناً على الأصيل بنفسه.
٣- والمعلومية في الكفالة بالمال ليست بشرط
٤- يشترط العلم بالمكفول به هل النفس أو المال.
٥- يشترط أن يكون المكفول به معلوماً

﴿المادة ٦١٢﴾ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك.

الكفالة في اصطلاح الفقهاء ضم الكفيل ذمته إلى ذمة الأصيل أو بعبارة أخرى إلى ذمة المكفول عنه بالشيء المكفول به.

---

(١) مستثنى يكون المكفول به مجهولاً في شركة المفاوضة وتكون الكفالة جائزة.

وجاء في المجلة (شيء) ليشمل ذلك الكفالة بالعين والكفالة بالدين والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم. إذاً إن ذلك الشيء إما أن يكون مالاً كالعين والدين كما هو في الكفالة بالمال وإما أن يكون نفساً كما هو الحال في الكفالة بالنفس وإما أن يكون تسليماً كما هو في الكفالة بالتسليم (الدر المختار، ورد المحتار)، ويقصد من الذمتين المذكورتين في التعريف الذات.

وقد أشارت المجلة بقولها(يعني أن يضم أحد الخ) إلا أن المقصود بالذمة هو الذات (رد المحتار). قد مر تعريف الذمة وإيضاحها في شرح المادة (٨).

أي أن يضم أحد ذمته الى ذمة آخر في حق المطالبة بشيء وأن يلتزم أيضاً المطالبة التي لزمت في احق ذلك الشخص ويتعهد بها.

تقسيمات الكفالة- تقسم الكفالة على أوجه ثلاثة:

التقسيم الأول- تقسم الكفالة كما يفهم من المواد(٦١٣و٦١٤و٦١٥) إلى ثلاثة أقسام باعتبار المكفول به. أولها الكفالة بالمال، ثانيها الكفالة بالنفس، ثالثها الكفالة بالتسليم. وتقسم الكفالة بالمال إلى قسمين، بالنسبة إلى كون المال عيناً أو ديناً وبذلك تبلغ أنواع الكفالة الأربعة.

النوع الأول- الكفالة بالمال العين. كالكفالة بالمال المغصوب مثلاً: لو غصب أحد شاة من آخر وكفل شخص ذلك بعين الشاة وهي موجودة بيده صح ويكون ذلك الكفيل قد ضم ذاته الى ذات الغاصب في المطالبة بتلك الشاة وعلى ذلك يكون للمغصوب منه حق مطالبة أيهما شاء بتلك الشاة الغاصب أو كفيله.

النوع الثاني- الكفالة بالمال الدين ككفالة أحد آخر بدين ألف غرش عليه.

النوع الثالث- الكفالة بالنفس وذلك أن يكون لأحد عند آخر حق وطلب ويكفل آخر نفس ذلك الرجل المطالب. وفي مثل هذه الكفالة النفسية يوجد ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بشيء أيضاً، وعلى ذلك يكون لذلك الطالب حق المطالبة بحقه وباحضار خصمه إلى مجلس القاضي فيحق له أن يطلب من الكفيل أن يحضر ذلك الشخص إلى مجلس القاضي وعليه فالشيء الذي يطالب به الكفيل والأصيل في الكفالة النفسية شيء واحد أي نفس المكفول به.

النوع الرابع- الكفالة بالتسليم وهي أن يشتري شخص من آخر مالاً ويكفل البائع ثالث على تسليم المبيع إلى المشتري. ولما كانت الكفالة بالمال تشمل النوعين الأول والثاني فكان من الصواب عدهما قسماً واحداً واعتبار الكفالة في التقسيم الأول ثلاثة أقسام فلذلك سنجعل الكفالة بهذا الوجه ثلاثة أقسام

التقسيم الثاني: للكفالة تقسيم آخر وهو المذكور في المادة (٦١٧) إن هذا التقسيم باعتبار نفس العقد والكفالة بهذا الإعتبار تقسم إلى أربعة أقسام: الكفالة المنجزة، الكفالة المعلقة، الكفالة المضافة، الكفالة المشروطة. (أنظر المادة ٦١٧) وشرحها وشرح عنوان الفصل الأول من الباب الثاني.

أما الأقسام الثلاثة باعتبار المكفول به فلا تتداخل ببعضها وكذلك الأقسام الثلاثة من أربعة الأقسام باعتبار العقد لا يتداخل بعضها ببعض أما الأقسام الثلاثة الأولى فتتداخل وتجتمع بالأقسام الثانية.

التقسيم الثالث- يفهم من أحكام المادة(٦٢٥و ٦٢٦) من المجلة أن الكفالة تقسم باعتبار القيد والوصف إلى أربعة أقسام: الكفالة المطلقة، الكفالة الموقتة، الكفالة المعجلة، الكفالة المؤجلة. وسيأتي في هذا الكتاب بعد تفصيل هذه الأقسام المذكورة مع بيان أحكامها متناً وشرحاً.

«أسئلة وأجوبة»

قد عرفت الكفالة في التنوير على هذا الوجه والمجلة أخذت عنه. إلا أن هذا التعريف غير جامع لأفراده وبيان ذلك:

أولاً - قد بين في شرح المادة (٦٢٩) أنه إذا كفل شخص نفس صبي بدون أمر ولي الصبي فالكفيل يكون مطالباً دون الصبي ولا يلزم الولي إحضار الصبي فلذلك لا يكون في هذه الكفالة ترتب الشيء المترتب على المكفول ولا تدخل الكفالة النفسية التي من هذا القبيل في هذا التعريف لأنه في هذه الكفالة قد أصبح الكفيل مطالباً مع أن الأصيل لم يكن مطالباً بشيء.

ثانياً - إذا قال شخص انني أكفل فلاناً بالدين المطلوب منه لفلان وأنكر الأصيل دينه ولم يستطع الدائن اثبات الدين فيكون الكفيل مطالباً مع ان الأصيل لا يطالب بشيء. فبذلك تخرج الكفالة التي هي من هذا القبيل من التعريف المذكور (انظر المادة ٨١).

ويجاب على السؤال الثاني أنه في ثبوت المطالبة بحق الأصيل لا يشترط فيها وجودها في نفس الأمر ويكفي في ذلك ثبوت المطالبة بزعم الكفيل.

تفصيل الاختلاف - في الكفالة بالدين شيئان أحدهما الدين وثانيهما حق المطالبة بالدين من المدين والضم على الاطلاق يكون أحياناً في المطالبة فقط وليس في الدين وإليك بعض ذلك:

أولاً - كالوكيل بقبض الدين والموكل فالدين للموكل يثبت له الدين كما تثبت له المطالبة أما الوكيل فلا يكون له غير المطالبة ولا يثبت له الدين مثلاً: لو وكل أحد رجلاً بقبض دين له على آخر فيكون قد ضم الوكيل المذكور إلى موكله ولكن ذلك الضم ينحصر في حق المطالبة فقط.

ثانياً - يكون الوكيل بالشراء مطالباً بثمن المبيع فقط. مع أن ذلك الثمن المذكور ثابت في ذمة الموكل ودين عليه حتى ان البائع لو ابرأ الموكل من الثمن المذكور صح ابراؤه وعليه ففي هذه المسألة أيضاً يكون ضم الوكيل للموكل ضماً في المطالبة وليس في الدين. وبما أن الموكل بمقتضى المادة (١٤٦١) ليس مطالباً بثمن المبيع تجاه البائع فكيف يجوز ضم الوكيل بالشراء إليه فالموكل ليس مطالباً بذلك قضاء وإنما هو مطالب به ديانة.

ثالثاً – الولي والوصي والناظر مطالبون بالأشياء التي يلزم دفعها وأداؤها مع أنه لا يثبت في ذمتهم شيء. مثلاً لو أتلف صبي مال آخر ولزمه الضمان بمقتضى المادة (٩١٦) فيطالب وليه أو وصيه بأداء ضمانة من مال الصبي. فذلك إنما ثبت في ذمة الصبي ولم يتبت شيء في ذمة وليه أو وصيه. ومن المتفق عليه أن الشيء الثابت في الكفالة بالنفس وفي الكفالة بالأعيان المطالبة فقط. لأن فيهما لا يثبت في ذمة الأصيل دين ولا يثبت في ذمته غير المطالبة كما أنه من الظاهر أن الكفيل لا يثبت في ذمته دين.

لكن مما لا ريب فيه في الكفالة بالدين أن الشيء الثابت في ذمة الأصيل الدين وحق المطالبة معاً أما الكفيل فهل يكون الشيء الثابت في ذمته حق المطالبة أم حق المطالبة مع الدين؟ وقد اختلف في ذلك وقد قال بعض العلماء أن الشيء الثابت في ذمة الكفيل هو حق المطالبة فقط وليس الدين.

وقد بين صاحب الهداية وابن الهمام من كبار العلماء أن هذا القول هو الأصح. ودليل العلماء الذين رأوا هذا الرأي هو:

أولاً: أن التوثق الذي يوجب الكفالة يحصل بثبوت حق المطالبة في ذمة الكفيل ولا حاجة إلى ثبوت الدين في ذمته كما مر معنا في مثال الولي وأمثاله.

فما دام الكفيل مطالباً بدون ثبوت الدين في ذمته فلا يستلزم الحكم بثبوت الدين في ذمته قال في رد المحتار عن الفتح لأن اعتبار الدين في ذمتين وان أمكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب هنا لأن التوثيق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ثبوت اعتبار الدين في الذمة.

ثانياً – ان الدين يبقى في ذمة الأصيل بعد الكفالة كما كان قبلها وعلى ذلك فلا يمكن أن يتصور ثبوت الدين في ذمة الكفيل لأنه يكون الدين على هذه الصورة دينين وذلك قلب للحقيقة. وعليه حيث لم يكن ثمة ضرورة لا يرى هذا الرأي.

وفي المسائل الآتية قد وجدت ضرورة لأعتبار الدين الواحد دينين فلذلك قد حكم بثبوت الدين في ذمة الكفيل:.

المسألة الأولى – إذا وهب الدائن أي المكفول له أو تصدق بالمكفول به على الكفيل وقبل ذلك منه كان ذلك صحيحاً كما جاء في شرح المادة (٦٦٠).

المسألة الثانية – إذا اشترى المكفول له من الكفيل مالاً في مقابل دين صح ذلك وأصبح الكفيل بريئاً من الكفالة. ففي هاتين المسألتين ضرورة لثبوت الدين في ذمة الكفيل وإلا لكان ذلك تمليك الدين لغير المدين وهذا باطل مثلاً لو اشترى شخص مالاً من آخر في مقابل عشرة دنانير

مطلوبة له من آخر فلا يصح البيع فعليه يجب في هاتين المسألتين لضرورة تصحيح التصرف القول بثبوت الدين في ذمة الكفيل وجعل الدين الواحد في حكم الدينين. أما في الأمور السائرة فبما أنه لا يوجد ضرورة فلا يجوز جعل الدين الواحد دينين (أنظر المادة ٢٢).

إذا قيل إنه يثبت في الكفالة دينان أحدهما في ذمة الأصيل والثاني في ذمة الكفيل يكون غير معقول. لأنه إذا جوز عدم استيفاء الدين من الآخر بعد استيفائه من أحدهما يكون ذلك بمثابة أن يكون لشخص في ذمة زيد عشرة دنانير وفي ذمة عمرو عشرة دنانير أخرى وهذا مستحيل فلا يجوز استيفاء الدين من عمرو بعد أن استوفي من زيد.

وقال بعض العلماء بأن ما يثبت في ذمة الكفيل هو ما يثبت في ذمة الأصيل وهو الدين وحق المطالبة إلا أن الدين لا يسقط عن ذمة الأصيل وقد قال الإمام الشافعي والإمام مالك رحمهما الله بذلك كما أن الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله تعالى على رواية قد ذهب إلى الوجه المشروح.

وأدلة العلماء الذين ذهبوا إلى القول الثاني هي كما يأتي:

أولاً - يطالب الكفيل بالدين كالأصيل. والمطالبة بما أنها فرع للدين ولا يتصور الفرع بدون الأصل ومن المحال المطالبة بدين إذا لم يكن ثمة دين ولذلك يلزم أن يثبت الدين في ذمة الكفيل (الزيلعي).

وقد أجاب العلماء القائلون بالقول الأول على هذا الدليل بأربعة أوجه:

الوجه الأول: والواقع أنه وإن كان لا تتصور المطالبة بدين إذا لم يكن الدين موجوداً والدين لا يلزم في كل حال من يطالب به ألا ترى أن الوكيل بالشراء مطالب بثمن المبيع وهو ثابت في ذمة موكله ودين عليه. حتى أن البائع لو أبرأ الموكل من الثمن المذكور صح ابراؤه.

الوجه الثاني - وقد تنفصل المطالبة في حق الدائن عن أصل الدين فيكون للدائن المطالبة بدين لم يكن مطلوباً له وذلك كمطالبة الوكيل بالبيع المشتري بثمن المبيع والثمن المذكور ليس حقاً للوكيل بل مال الموكل. ففي هذه المسألة قد انفصلت المطالبة عن أصل الدين وتوجهت المطالبة على الكفيل لكفالته مع ثبوت أصل الدين في ذمة المدين.

الوجه الثالث - والمطالبة كما تنفصل عن أصل الدين بتأجيله تنفصل في الكفالة عنه أيضاً كما لو بقي لأحد في ذمة آخر مائة جنيه من ثمن مبيع مثلاً وأجله إلى سنة سقطت المطالبة مدة سنة مع بقاء الدين في ذمة المدين في تلك السنة وعلى ذلك فقد انفصلت المطالبة في هذه المسألة عن الدين فيمكن إنفصالها كذلك عنه في الكفالة.

الوجه الرابع - ونسبة المطالبة للدين كنسبة ملك التصرف إلى ملك العين. وكما يجوز انفصال ملك التصرف في حق الراهن عن ملك العين «أي أن الراهن في الوقت الذي يكون مالكاً

لعين المرهون فلا يقتدر على التصرف فيه» يجوز انفصال التزام المطالبة في الكفالة عن أصل الدين (الكفاية شرح الهداية).

ثانياً - إذا وهب الدائن الدين إلى الكفيل صح وإذا كانت الكفالة كفالة بالأمر فللكفيل حق الرجوع على الأصيل. والحال أنه إذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل كان ذلك مؤدياً إلى هبة الدين من غير المدين وتمليكه إياه وهذا ليس بصحيح (الزيلعي).

لأنه كما مرَّ آنفاً لا يجوز تمليك الدين لغير المدين ما لم يهبه إلى آخر ويسلطه على قبضه ويقبضه ذلك الشخص (أنظر المادة ٨٤٨).

ثالثاً - واشتراء الدائن شيئاً من الكفيل، في مقابل دينه صحيح والحال أن ذلك الشراء لا يكون صحيحاً إذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل لأنه لا يصح أن يشتري أحد له دين على آخر شيئاً من ثالث في مقابل ذلك الدين كما مر معنا آنفاً وقد مر الجواب على هذين الدليلين الأول والثاني آنفاً.

رابعاً - إذا قيل أن ما يثبت في ذمة الكفيل المطالبة وليس الدين فكان يلزم بطلان الكفالة لسقوط المطالبة عن الكفيل بالمال لوفاته كما في الكفالة بالنفس أيضاً. (أنظر المادة ٦٦٦) والحال أن وفاة الكفيل بالمال لا توجب بطلان الكفالة ويستوفى المال المكفول به من تركته (أنظر المادة ٦٧٠) ويورد العلماء القائلون بالقول الأول على هذا الجواب الآتي: ما يثبت في الكفالة بالدين في ذمة الكفيل المطالبة بالدين. وتتعلق هذه المطالبة بتركة الكفيل عند وفاته ولا تبطل الكفالة المالية بوفاة الكفيل لإمكان المطالبة من التركة. أما في الكفالة بالنفس فبما أن ما يثبت في ذمة الكفيل هو المطالبة بالنفس فلا يمكن المطالبة بالنفس المكفول بها لوفاة المكفول عنه، كما لا يمكن المطالبة بأخذ بدل ذلك من التركة.

خامساً - يصح بمقتضى المادة (٦٢٦) أن يكون للكفيل كفيل وإذا أدى ذلك الكفيل الدين فله الرجوع على الكفيل الأول بما دفع إذا كانت كفالته بأمره وليس له الرجوع على الأصيل. وإذا لم يكن الدين ثابتاً في ذمة الكفيل الأول فكان يلزم ألا يكون للكفيل الثاني حق بالرجوع عليه. لأن الرجوع أمر متفرع عن إيفاء الدين وقد ذكر ذلك في المادة (١٥٠٦). (فالحاصل أن ثبوت الدين في الذمة إعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين) «الفتح في أول الكفالة».

ولكن القائلين بالقول الثاني من العلماء قد اعترضوا عليه بالجواب الآتي: إذا ثبت الدين في ذمة الكفيل أيضاً أو بعبارة إذا كان دين الدائن الذي على الأصيل عشرة جنيهات وثبت في ذمة الكفيل عشرة جنيهات أخرى فيصبح دين الدائن عشرين جنيهاً بعد أن كان عشرة ووجب استيفاء الدين مضاعفاً. والحال أنه لا يمكن استيفاء الدين الواحد مرتين (أنظر المادة ١٦٥) ويقال جواباً على ذلك أنه وان كان استيفاء الدين الواحد من اثنين من كل واحد على حدة بتمامه غير جائز

بمقتضى المادة (١٦٥١) فثبوت الدين في ذمة اثنين جائز على أنه إذا أداه أحدهما سقط عن الآخر وبرئت ذمته ولا يكون ذلك موجباً لمضاعفة الدين للدائن (الزيلعي). وأمثال ذلك في الشرع الشريف كثير كالغاصب وغاصب الغاصب فكل منهما كما هو مذكور في المادة (٩١٠) ضامن البدل المغصوب وذلك البدل ثابت في ذمة كل منهما ولكن ليس للمغصوب منه استيفاء غير بدل واحد لأن حقه بدل واحد فقط. مثلاً لو غصب أحد مالاً من آخر وغصب آخر منه ذلك المال أيضاً فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمنه الغاصب الأول وإن شاء ضمنه الغاصب الثاني. وإذا ضمنه الغاصب الأول فلا يكون الغاصب الثاني بريئاً أما إذا ضمن الثاني أصبح الأول بريئاً، (الشلبي).

لكن هناك فرق بين الأصيل والكفيل بالنسبة إلى الغاصب وغاصب الغاصب فللدائن بمقتضى المادة (٦٤٤) ان شاء طالب الأصيل وحده بالدين وان شاء طالب الكفيل وحده وان شاء طالب الأصيل بمقدار والكفيل بمقدار وله في ذلك حق. أما المغصوب منه فإذا اختار تضمين واحد من الغاصب أو غاصب الغاصب أصبح الثاني بريئاً على رأي الإمام الأعظم والإمام محمد رحمهما الله تعالى أي أنه إذا اختار تضمين الغاصب فليس له تضمين غاصب الغاصب لأنه باختيار أحدهما أوجب ذلك تمليكه المغصوب (رد المحتار في أول الكفالة وفتح).

ويفهم من ظاهر تعريف المجلة اختيارها في هذا القول الأول لأنها قد عرفته (في مطالبة شيء الخ) (ويلتزم المطالبة التي لزمت في حق ذلك... الخ) وقد قال الزيلعي مرجحاً القول الأول أيضاً. والأول أصح لأنه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى إلا أحدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن كالوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل وصحة الهبة والشراء بجعل الدين الواحد في حكم دينين لضرورة تصحيح تصرف العاقل ولا ضرورة قبله أي قبل الهبة والشراء وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب إلا دين واحد على أحدهما غير معين ولذا إذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التمليك انتهى (أبو السعود في الكفالة). وقال صاحب البحر الرائق في بيانه عن عدم ذكر العلماء شيئاً في ثمرة الاختلاف المذكور. إذا حلف الكفيل أن ليس عليه دين لم يحنث في يمينه على القول الأول ويحنث فيه على القول الثاني.

مقايسة التعريفات - قد عرفت المجلة الكفالة بـ«ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء». لكن قد عرفها بعض العلماء بـ (ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة دين) ويفهم من ذلك (أن يضم أحد ذاته إلى ذات غيره ويلتزم أيضاً المطالبة بالدين التي لزمت في حق ذلك الشخص (وهذا التعريف خاص بالكفالة بالدين أما تعريف المجلة فبما أنه يشمل الكفالة بالعين والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم فهو مرجح على ذلك التعريف الثاني (الدر المختار ورد المحتار).

فالأحكام التي يستدل عليها من التعريف والتي تستخرج من تعريف الكفالة:

إن ما يستنبط من عبارة (ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك) في التعريف أنه إذا كفل أحد آخر بدين فلا يستلزم ذلك براءة الأصيل من الدين كما في الحوالة (أنظر المادة ٦٩٠) وذلك ما لم يشترط براءة الأصيل من الدين (أنظر المادة ٦٤٨).

المسائل الشرعية المتفرعةِ عن عبارة (ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمت. . . الخ) - ويفهم من قول المجلة هذا (ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمت في حق ذلك) إذا التزم الكفيل ما ليس لازماً في حق المكفول فليست كفالته صحيحة ويتفرع عن ذلك المسائل الآتية:

المسألة الأولى - إذا قال أحد لآخر (إذا هدمت دارك فأنا ضامنها) فلا حكم لذلك فإذا هدمت الدار فكما لا يحكم القاضي بإجبار الأصيل على الضمان فلا ضمان على الكفيل أيضاً.

المسألة الثانية - لو اشترى الوكيل بالشراء مالاً مضيفاً العقد لنفسه ثم بعد ذلك طالب البائع الموكل بالثمن فكفله له آخر أي جعل الموكل مكفولاً عنه فلا تصح هذه الكفالة. (الأنقروي في الفصل الثاني من الكفالة) لأن الوكيل بناء على الفقرة الثالثة من المادة (١٤٦١) مطالب بثمن المبيع وليس الموكل فعليه يكون الكفيل قد كفل في هذه المسألة الموكل في مبلغ لا يلزم في حقه.

المسألة الثالثة - لو قال أحد لمسافر خائف على الدابة أن تعطب أو من الذئاب (إذا أكلت الذئاب الدابة أو عطبت أضمنها) لا حكم لذلك ولا يضمن الأصيل كما لا يضمن الكفيل. لأن أصله غير مضمون لحديث (جرح العجماء جبار) (الدر المختار ورد المحتار) (أنظر المادة ٩٤).

المسألة الرابعة - لو قال أحد لآخر (استأجر رحى فلان وكل ضرر ينشأ من ذلك عليَّ) فلا يصح ذلك وإذا حصل لذلك الرجل ضرر بسبب استئجار الرحى فلا يلزم الكفيل شيء (رد المحتار) لأن الضرر الذي يأتيه ذلك الشخص ليس مضموناً عليه فيكون الكفيل قد كفل ذلك الشخص بما لا يلزم في حقه.

المسألة الخامسة - لو تعهد أحد لأحد أن يدفع له كذا قرشاً إذا حرقت داره فليس ذلك صحيحاً.

المسألة السادسة - إذا اشترى الصبي المحجور عليه مالاً من أحد وكفله آخر بالثمن فكما لا ينفذ البيع بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة (٩٦٧) لا يلزم الصبي الثمن ولا يكون مضموناً عليه فلا يلزم الكفيل أي أن الكفالة هذه ليست صحيحة (رد المحتار).

المسألة السابعة - لا تجوز الكفالة بثمن المال الذي بيع بيعاً فاسداً مثلاً لو باع أحد مالاً لأجل مؤجل مجهول جهالة فاحشة وكفل أحد ثمن المبيع فالكفالة المذكورة غير صحيحة لأن الأصل في البيع الفاسد إنما يضمن بمقتضى المادة (٣٧٦) عين المبيع أو بدله وليس ثمن المبيع لازماً (الخيرية في آخر الكفالة). وبذلك يكون الكفيل قد كفل مالاً لا يلزم في حق الأصيل.

المسألة الثامنة - لو قال أحد لآخر (بع من هذا الصبي المحجور عليه مالاً وأنا ضامن له) وباع ذلك الشخص المال من الصبي وسلمه إليه والصبي استهلكه فلا يلزم ذلك الشخص شيء (الأنقروي في الكفالة في الفصل الثاني).

ولا يقال إن الصبي المحجور عليه يؤاخذ باستهلاك ذلك في هذه المسألة بالنظر إلى ما جاء في

المادة (٩٦٠) بمؤاخذته بأفعاله كما سيتضح ذلك من شرح المادة المذكورة.

المسألة التاسعة – لو أقرض أحد الصبي المحجور عليه مبلغاً وبعد ذلك كفله آخر بذلك المبلغ لا تكون الكفالة صحيحة (الأنقروي) لأن المستقرض يلزم أن يكون عاقلاً مميزاً وبما أن استقراض الصبي بذلك غير صحيح ولا يلزمه المبلغ الذي استقرضه كانت كفالة الكفيل لشيء لم يكن مضموناً.

إلا أنه إذا قال أحد لآخر (أقرض هذا الصبي كذا قرشاً ليصرفها على نفسه وأنا به كفيل) أي أنه إذا كفل أحد الصبي المحجور عليه بمبلغ وبعد ذلك سلم إليه كانت الكفالة صحيحة. (الأنقروي والهندية في مسائل شتى من الكفالة) وفي هذا يكون الكفيل هو المستقرض والصبي وكيل الكفيل بقبض القرض لأمره بتسليمه إليه. والفرق ظاهر في هاتين المسألتين: ففي المسألة الأولى ضمن الكفيل ما ليس بمضمون وفي المسألة الثانية يعد الكفيل مستقرضاً وأنه أمر بتسليم القرض الى الصبي.

المسألة العاشرة – لو باع الصبي المحجور عليه مالاً من آخر وبعد أن قبض الثمن كفله أحد بالدرك فلا تصح الكفالة (أنظر المادة ٦١٤) أما إذا كفل الصبي بالدرك قبل أن يقبض الثمن صحت الكفالة (الهندية في المحل المزبور).

﴿المادة ٦١٣﴾ الكفالة بالنفس هي الكفالة التي يكفل فيها شخص.

أي أن الكفالة بالنفس هي الكفالة بتسليم شخص معلوم. (عبد الحليم) كأن يكفل أحد آخر على أن يسلمه في اليوم الفلاني (أنظر المادة ٦٤٢).

ويفهم من هذه المادة أيضاً أن الكفالة بالنفس جائزة أيضاً وهذا هو مذهب الأئمة الحنفية، ودليل الأئمة المشار إليهم في جواز ذلك الحديث الشريف (الزعيم غارم) وهذا الحديث الشريف دليل على مشروعية الكفالة بالمال والكفالة بالنفس أيضاً.

سؤال أول – بما أنه ليس في الكفالة بالنفس غرم أي ضمان فلا يتناولها الحديث المذكور.

الجواب – الغرم عبارة عن الضرر اللازم. ويلزم الضرر في الكفالة بالنفس أيضاً لكون الكفيل مجبراً على تسليم نفس المكفول به (الزيلعي) والكفالة بالنفس عبارة عن إحضار المكفول عنه الذي هو مضمون به.

سؤال ثانٍ – لا يكون الكفيل بالنفس مقتدراً على تسليم المكفول عنه لأنه ليس للكفيل ولاية على نفس المكفول به. وبذلك يكون الكفيل بالنفس كافلاً شيئاً غير مقتدر على تسليمه وعلى ذلك ألا يكون من اللازم عدم جواز الكفالة النفسية.

الجواب – للكفيل أن يرشد الطالب إلى مكان المكفول به لتسليمه ويتركهما وشأنهما كما أنه له

أن يستعين لتسليمه بأعوان القاضي (الهداية).

السؤال الثالث - بما أن الكفالة بالنفس هي عين الكفالة بالتسليم وليست الكفالة بالنفس شيئاً مستقلاً عن الكفالة بالتسليم المذكورة في المادة (٦١٥) أفليس من اللازم عدم اعتبار الواحدة مستقلة عن الأخرى؟

الجواب - إن أحكام هاتين الكفالتين مختلفة عن بعضها كل الإختلاف. وقد ذكرت أحكام الكفالة بالنفس في المادة (٦٤٢) وكذلك التي تبدأ بالمادة (٦٦٣) وأحكام الكفالة بالتسليم قد ذكرت في المادة (٦٣١).

﴿المادة ٦١٤﴾ الكفالة بالمال هي الكفالة بأداء مال.

ككفالة أحد مالاً مغصوباً أو ديناً صحيحاً.

الكفالة بالمال قسمان:

أولهما - الكفالة بالأعيان ثانيها - الكفالة بالديون (الزيلعي) وبعبارة أخرى تكون الكفالة بالمال صحيحة في الأعيان وفي الديون أيضاً لأن المال هنا أعم من المال الحقيقي والمال حكماً ومآلاً كما وضح ذلك في شرح المادة (٦١٢).

المال الحقيقي - كعين المال المغصوب. والمال حكماً ومآلاً عبارة عن الدين. لأن الدين قبل القبض وصف شرعي وعليه فالدين إذا لم يكن مالاً فبما أنه يكون بعد القبض عيناً ينتفع بها ومآلاً قابلاً التصرف فيه فقد اعتبر مالاً بالنظر إلى العاقبة. وعلى ذلك فإذا وجدت هاتان الصفتان في الدين صحت هبته إلى المدين وليس في ذلك القبول شرطاً. وهذا الحكم أي عدم شرط القبول في الهبة المذكورة مبني على أن الدين وصف شرعي وهبته من قبيل إسقاطه وبالإسقاط تتم.

وإن يكن برده يكون مردودا وهذا الحكم أي كونه يصير مردوداً برده مبني على ان الدين عين مال مآلاً وهذه الهبة تمليك والتمليك يرد برد المتملك.

قيل إن الدين ليس مالاً حقيقياً وعلى ذلك فلو حلف الرجل الذي ليس له مال من الأعيان وله دين على الناس أنه ليس له مال فلا يحنث (البحر قبيل الحدود، ورد المحتار في الشركة).

والكفالة بالأعيان أيضاً قسمان:

أولهما: الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالكفالة بالمال المغصوب والكفالة ببدل الصلح عن دم العمد.

ثانيها ـ الكفالة بالأعيان غير المضمونة بنفسها وهذه نوعان:

النوع الأول - ما ليس تسليمه واجباً أي الأمانات التي لا يلزم واضعي اليد إعادتها إلى

أصحابها كالودائع وأموال المضاربة، وأموال الشركة.

النوع الثاني: الأمانات التي تسليمها واجب كالعارية والمأجور.

وهذه المسائل تراها مفصلة في المادة ٦٣١ وشرحها (الزيلعي، الأنقروي في الفصل الثاني، رد المحتار).

﴿المادة ٦١٥﴾ الكفالة بالتسليم هي الكفالة بتسليم المال.

وذلك كالكفالة بتسليم المبيع قبل القبض، والمرهون، والمأجور وسائر الأمانات كما هو مذكور في المادة (٦٣١).

والكفالة بالتسليم تصح بالأعيان أيضاً(الزيلعي) وستأتي التفصيلات في ذلك في شرح المادة(٦٣١).

يوجد فرق بين الكفالة بالتسليم وبين الكفالة بالعين المضمونة من حيث الماهية ومن حيث الحكم:

وذلك أن الكفالة بالعين كما يفهم من المادتين (٦١٤ و٦١٥) عبارة عن الكفالة بأداء ثمن العين والكفالة بالتسليم عبارة عن الكفالة بتسليم العين. وهذا الفرق من حيث الماهية.

ويفهم من المادة (٦٣١) أن الكفيل مجبور في الكفالة بالعين على تسليمها عيناً إلى صاحبها إذا كانت موجودة وبدلها إذا استهلكت والكفيل لا يخلص بتلف العين أما في الكفالة بالتسليم فيكون مطالباً إذا كانت العين باقية وإذا تلفت سقطت عنه المطالبة وهذا الفرق من حيث الحكم.

﴿المادة ٦١٦﴾ الكفالة بالدرك هي الكفالة بأداء ثمن المبيع وتسليمه أو بنفس البائع ان استحق المبيع.

الكفالة بالدرك- هذا لفظ مركب وبما أنه قد مر في أول المقدمة معنى الكفالة اللغوي والشرعي فسنذكر هنا معنى لفظ الدرك اللغوي. والدرك بفتحتين اسم من ادركت الرجل أي لحقته. وقد جاء في الحديث الشريف (أعوذ بالله من درك الشقاء) أي من لحاق الشقاء وسكون الراء لغة. وفي اصطلاح الفقهاء هي الكفالة (١) بأداء ثمن المبيع إلى المشتري وتسلمه إليه إن استحق وضبط من يده (٢) أو بنفس البائع أي كفالة بنفس البائع ان استحق المبيع وضبط من يد المشتري. وكان الواجب أن تحذف عبارة (وتسليمه) لأن قسم الكفالة بالدرك هذا كفالة بالمال والكفالة بالمال كما عرفت في المادة(٦١٤) هي الكفالة بتسليم مال.

ويفهم من هذا التعريف أن الكفالة بالدرك قسمان: أولهما، تتحقق ضمن الكفالة بالمال وثانيهما تتحقق ضمن الكفالة بالنفس. لذلك لم تعد الكفالة بالنفس في التقسيم الوارد في شرح

المادة (٦١٢) قسماً منفرداً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

ولكن بما أن للكفالة بالدرك بعض أحكام شرعت خاصة ستأتي في المادة (٦٣٨) فقد وسمت باسم مستقل وعرفت على حدة.

الإستحقاق، هو ظهور حق للغير في مال وهو قسمان:

القسم الأول، هو ما يبطل ملكية كل أحد في المستحق به كظهور المبيع وقفاً أو مسجداً. وذلك كما لو ادعى متول لوقف أن المبيع الذي في يد المشتري وقف واثبت مدعاه وحكم له بوقفية ذلك المبيع فيبطل هذا الإستحقاق الملكية في ذلك المبيع وبعد ذلك فلا تبقى صلاحية لأحد في تملك ذلك المال.

القسم الثاني، ما ينقل الملكية من واحد إلى آخر كأن يشتري أحد مالاً فيظهر أنه ملك لآخر فهذا الإستحقاق ينقل ويحول ملكية ذلك المال من المشتري إلى ذلك الآخر (رد المحتار في باب الإستحقاق وفي الكفالة) وللمشتري في قسمي الإستحقاق مراجعة بائعه في ثمن المبيع.

وأحكام الإستحقاق تجدها مفصلة في الكتب الفقهية تحت عنوان (باب الإستحقاق).

وقد شرعت الكفالة بالدرك لتأمين حق المشتري في مراجعة البائع في ثمن المبيع.

وتشمل هذه المادةوتقسم الإستحقاق بقسمية كما يفهم من شرح المادة (٦٣٨).

وليس قوله في المتن التركي (نقوده) وقد جاءت في المتن العربي «الثمن» بتعبير أريد به الإحتراز بل استعملها مكان ثمن المبيع أو بدله والحكم واحد سواء أكان الثمن نقوداً أو غير نقود. وبعبارة أخرى إذا كان ثمن المبيع غير النقود وكفل أحد ذلك الثمن فهذه الكفالة كفالة بالدرك أيضاً، وقوله في المتن (النقود) مبني على ثمن المبيع لأنه يكون في الغالب نقوداً.

﴿المادة ٦١٧﴾ الكفالة المنجزة هي الكفالة التي ليست معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمان مستقبل.

وكما يقال للكفالة المعلقة بشرط ملائم (كفاله معلقة).

يقال أيضاً للكفالة المضافة إلى زمن مستقبل «كفالة مضافة» (رد المحتار الهندية في الباب الثاني في الفصل الأول) أنظر المادة (٦٣٦).

وقد وضح لفظ (معلق) في المادة (٨٢).

مثال للكفالة المنجزة: وذلك كقول أحد إني كفيل فلان عن دينه الذي على فلان أو أكفل تسليمه المال الفلاني أو تسليمه نفس فلان كما ذكر في شرح المادة (٦٣٥).

مثال للكفالة المعلقة: إن مثال الكفالة المعلقة مسطور في المادة (٦٢٣) كما أنه يوجد في المادة

(٦٣٦) مثال للكفالة المعلقة والمضافة أيضاً.

وتقسم الكفالة باعتبار نفس العقد كما ذكر في شرح المادة (٦١٢ إلى كفالة منجزة، وكفالة معلقة، وكفالة مضافة.

ويفهم من هذه الإيضاحات أنه يصح تعليق الكفالة بشرط ملائم وإضافتها إلى زمن مستقبل.

﴿المادة ٦١٨﴾ الكفيل هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر أي الذي تعهد بما تعهد به الآخر ويقال لذلك الآخر الأصيل والمكفول عنه.

أي أن الكفيل هو الذي ضم ذمته إلى ذمة الآخر أي الذي تعهد بما تعهد به الآخر أي المكفول به ويكون مطالباً به أيضاً ويقال لذلك الآخر الأصيل والمكفول عنه أيضاً. (الدر)

ولكن في الكفالة بالدين فرق بين تعهد الكفيل وتعهد الأصيل لأن ما يتعهد به الكفيل مجرد المطالبة فقط وما يتعهد به الأصيل المطالبة مع الدين.

وإن كان هذا التعريف شاملاً الكفيل الكفيل وهلم جرا-.

فلا يشمل الكفالة بالنفس بلا أمر وكذلك لا تشمل كفالة الدين الذي ليس بثابت في ذمة الأصيل ولم يتحقق إلا بمجرد إقرار الكفيل. وقد وضحت هاتان المسألتان في شرح المادة(٦١٢)

﴿المادة ٦١٩﴾ المكفول له هو الطالب والدائن في خصوص الكفالة.

المكفول له وبعبارة أخرى من تعود عليه منفعة الكفالة هو الطالب أي طالب الحق والدائن في خصوص الكفالة ويقال للمكفول له (طالب) أيضاً أنظر المادة(٦٦٤) (والتنوير، والدر المختار، ورد المحتار في أول الكفالة).

والمكفول له - وهو الذي يستفيد من الكفالة- يشترط أن يكون معلوماً كما جاء في شرح المادة (٦٣٠).

وبقوله في هذه المادة (هو الطالب في خصوص الكفالة) فقد عرف المكفول له في أنواع الكفالة الثلاثة تعريفاً عاماً أما عطف لفظ (دائن) إلى لفظ طالب فمن قبيل عطف الخاص على العام والتعريف الذي يحصل من المعطوف هو (أن المكفول له هو الدائن في خصوص الكفالة)، إنما يعرف المكفول له في الكفالة بالدين.

وقد عرفت بعض الكتب الفقهية المكفول له أنه المدعي أي الطالب والبعض الآخر قد عرفه أنه الدائن. فالتعريف الأول ما وللمعرف وجامع لافراده وإن كان الثاني أخص منه. وقد جمعت المجلة بين هذين التعريفين وليس من سبب لهذا الجمع ولا فائدة منه.

﴿المادة ٦٢٠﴾ المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بأدائه وتسليمه وفي الكفالة بالنفس المكفول عنه والمكفول به سواء.

المكفول به هو الشيء الذي تعهد الكفيل بتسليمه كما في الكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم. وأدائه كما في الكفالة بالمال أي كالكفالة بالعين وبالدين (التنوير، والدر المختار).

وعلى ذلك فذلك الشيء يدعى في الكفالة بالنفس مكفولاً به ومكفولاً عنه أيضاً لكن في الكفالة بالمال فالمكفول به والمكفول عنه كل منهما منفصل عن الآخر فالمكفول به هو المال والمكفول عنه الذي يطلب منه الحق أي المطلوب.

والمكفول به في القسم الأول من كفالة الدرك ثمن المبيع وفي القسم الثاني البائع والمكفول هو المشتري والمكفول عنه هو البائع أيضاً.

وهذا التعريف يعم أو يشمل المكفول به في الكفالة بالمال والكفالة بالنفس والكفالة بالتسليم لأن الشيء الذي يتعهد بتسليمه في الكفالة المذكورة العين.



الباب الأول

في عقد الكفالة ويحتوي على فصلين

الفصل الأول

في ركن الكفالة أي في المواد التي في ركن الكفالة

ركن الكفالة، عبارة عن إيجاب الكفيل أنظر المادة الآتية والمادة (١٤٩) (مجمع الأنهر).

ركن الكفالة الإيجاب فقط أما الركن في بعض العقود كالبيع والإجارة فهو عبارة عن الإيجاب والقبول، والفرق بينهما وبين الكفالة ظاهر لأن كلاً من الطرفين في البيع متعهد تجاه الآخر أي أن البائع يتعهد ويلتزم تسليم المبيع إلى المشتري والمشتري يتعهد ويلتزم تسليم الثمن إلى البائع والتعهد في الكفالة إنما يكون من الكفيل.

سبب الكفالة: تكثير محل المطالبة للمكفول له وتسهيل وصوله إلى حقه وطلب الكفيل لتأمين ذلك الحق هو السبب في الكفالة.

﴿المادة ٦٢١﴾ تنعقد الكفالة وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له وعلى هذا لو كفل أحد في غياب المكفول له بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤخذ بها.

تنعقد الكفالة في رأي الإمام أبي يوسف وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده وتنعقد بالإتفاق بإيجاب المكفول له وقبول الكفيل وتنفذ (الأنقروي).

والغرض من القبول قبول المكفول له أما قبول المكفول عنه فليس له حكم أي أن وجوده كعدمه أي أن هذا أيضاً من قبيل الكفالة التي تنعقد بإيجاب الكفيل فقط.

مسائل تتفرع عن انعقاد الكفالة بإيجاب الكفيل:

المسألة الأولى: بما أن الكفالة النفسية والكفالة المالية تنعقد بإيجاب الكفيل فقط فليس من حاجة إلى شيء آخر كقبول المكفول له الإيجاب في مجلس الإيجاب أو قبول أجنبي من طرف المكفول

له ذلك الإيجاب.

المسألة الثانية: والكفالة في غياب المكفول له صحيحة أيضاً.

المسألة الثالثة: بما أن الكفالة تنفذ بإيجاب الكفيل فلا تكون الكفالة موقوفة على إجازة المكفول له أو المكفول عنه الغائب ورضاه. (الدر المختار ورد المحتار والهندية في الكفالة في الباب الأول).

وليس للكفيل كما جاء في المادة (٦٤٠) أن يخرج نفسه من الكفالة بعد.

ولكن إن شاء المكفول له رد الكفالة فله ذلك كما أنه للمكفول له إبراء الكفيل كما سيأتي في المادة (٦٦٠) ولا تنعقد الكفالة برد الإيجاب مطلقاً أما الكفالة التي تنعقد بالإبراء فتسقط. وما لم يرد المكفول له إيجاب الكفالة تبقى صحيحة نافذة ولا يستطيع الكفيل إخراج نفسه منه أنظر المادة (٦٤٠).

المسألة الرابعة: وعلى هذا أي إذا لم يرد المكفول له الكفالة وبقيت، لو كفل أحد في غياب المكفول له مثلاً بدين له على أحد ومات المكفول له قبل أن يصل إليه خبر الكفالة يطالب الكفيل بكفالته هذه ويؤآخذ بها.

المسألة الخامسة: إذا كفل أحد للصبي المأذون آخر بدين له عليه فالكفالة صحيحة كما أنه لو كفل أحد للصبي المحجور عليه آخر بطلب له عليه تنعقد الكفالة وتنفذ وإن لم يكن أهلاً لتقبل العقد بمقتضى المادة (٩٦٠) لعدم لزوم القبول في الكفالة (رد المحتار) كما سيجيء في شرح المادة (٦٢٩).

إختلاف المجتهدين في ركن الكفالة:

قال الطرفان أي الإمام الأعظم والإمام محمد بلزوم الإيجاب والقبول بين كل من المكفول له والكفيل ولا تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط أما الإمام أبو يوسف والأئمة الثلاثة أي الإمام الشافعي والإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فقد ذهبوا إلى أنه لا لزوم للقبول في انعقاد الكفالة وأنها تنعقد بإيجاب الكفيل فقط.

ولكن لمذهب الإمام أبي يوسف روايتان:

الرواية الأولى - هي أن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط ولكنها تكون موقوفة على قبول المكفول له وعلى ذلك فلو توفي المكفول قبل قبول الكفالة بطلت الكفالة.

الرواية الثانية - هي أن الكفالة تنعقد بإيجاب الكفيل فقط وتنفذ أيضاً ولا تكون موقوفة على قبول المكفول له وإنما يكون للمكفول له حق الرد وعليه لو توفي المكفول له ولم يرد الكفالة فلا يطرأ خلل على صحتها.

وإليك ثمرة الخلاف لهاتين الروايتين:

إذا توفي المكفول له قبل القبول بطلت الكفالة على الرواية الاولى ولا يكون الكفيل مطالباً بمقتضى الكفالة، أما على الرواية الثانية فلا تبطل الكفالة ويكون الكفيل مطالباً ومؤاخذاً (الشبلي) وعلى ذلك فقول المجلة (تنعقد الكفالة بإيجاب الكفيل فقط) تكون قد اختارت مذهب أبي يوسف في هذه المسألة وقولها (وتنفذ) قد اختارت الرواية الثانية لمذهب الإمام المشار إليه وعليه فقد أصبح من الثابت أن هذه المادة قد تأسست على مذهب الإمام الأول أبي يوسف رحمه الله تعالى (الهندية، الكفالة في الباب الأول ورد المحتار).

﴿المادة ٦٢٢﴾ إيجاب الكفيل أي الفاظ الكفالة هي الكلمات التي تدل على التعهد والإلتزام في العرف والعادة مثلاً لو قال كفلت أو أنا كفيل أو ضامن تنعقد الكفالة.

إيجاب الكفيل هي الكلمات التي تدل على التعهد والإلتزام أنظر المادتين (٣٦ و٣٧) كقولك الكفالة أو الضمان أو الزعامة عليَّ أو كقولك أنا قبيل، وحميل بمعنى كفيل وإليَّ ولك عندي هذا الرجل أو عليَّ أن أوافيك به أو عليَّ أن ألقاك به أو دعه إليَّ وغير ذلك. (التنوير ورد المحتار والشلبي).

هذه المادة توافق المادتين (١٦٨ و ٤٣٤) مثلاً لو قال أحد كفلت نفس هذا الرجل أو دينه أو أنا كفيل أو ضامن أو أنا زعيم أو أنا ألتزم دين فلان أو فليكن هذا الرجل وهذا الدين عليَّ تنعقد الكفالة.

وحذف المكفول به في المثال وقوله (أنا كفيل) على وجه الإطلاق يراد به التعميم أي أنه إشارة إلى أن هذه الألفاظ تستعمل في الكفالة النفسية كما تستعمل في الكفالة المالية.

فإذا ثبت أن هذه الألفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس وضمان المال يعني إذا قال ضمنت زيداً أو أنا كفيل به أو هو عليَّ أو إليَّ يكون كفالة نفس وإذا قال ضمنت لك مالك عليه من المال أو أنا كفيل به الخ فهو كفالة مال قطعاً (رد المحتار في الكفالة).

كذلك تنعقد الكفالة فيما لو سلم الكفيل بالنفس المكفول به إلى طالبه وقال للمكفول له بعد ذلك (أترك المكفول به فإني باق على كفالتي).

وكذلك إذا قال أحد لآخر إذا توفي فلان ولم يدفع إليك ما عليه من الدين أدفعه إليك، جاز وتنعقد هذه الكفالة المالية معلقة.

كما أن الكفالة تنعقد بقول «أنا أكفل فلاناً أو نفسه أو أن فلاناً عليَّ».

تصح الكفالة بالنفس بإضافتها إلى أحد الأعضاء التي يعبر بها عن الكل كالبدن، والعنق،

والجسد، والرأس، والروح وتنعقد على الكل لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ بأن يكون بعضها كفيلاً وبعضها غير كفيل (الشبلي) فذكر بعضها شائعاً كذكر كلها (رد المحتار). (أنظر المادة ٦٤) (الأنقروي في الفصل الأول من الكفالة والدر المختار ورد المحتار).

أما إذا أضيفت الكفالة إلى الأعضاء التي لا يعبر بها عن جميع البدن كقولك أكفل يد فلان أو رجله فلا تصح (الهداية والخيرية).

والكفالة كما ذكر آنفاً تنعقد ولو أضيفت إلى جزء شائع من المكفول عنه كنصفه وربعه أما إذا أضاف الكفيل الكفالة ونسبها إلى جزئه الشائع كما إذا قال الكفيل نصفي يكفلك أو ثلثي فلا تصح.

إذا استعملت كلمة (عندي) في الدين كان ذلك كفالة مثلاً لو طالب أحد مدينه بالدين الذي له عليه فقال له آخر لا تطالبه بالدين فدينك عندي فيكون ذلك الرجل كفل ذلك الدين فلو قال (أنا كفيل بتسليمك الشخص الفلاني وإذا لم أسلمك إياه فعندي مالك عليه من الدين) إنعقدت كفالة نفسية منجزة وكفالة مالية معلقة (التنقيح في أول الكفالة).

فهل تعد كلمة «ديني» من ألفاظ الكفالة أو لا؟ مثلاً لو قال إن الألف قرش التي هي دين على عمر لزيد هي ديني فهل يعد ذلك الرجل بقوله هذا كفيلاً بالمبلغ؟ لا يوجد في الكتب المعتبرة المشهورة صراحة في هذا الشأن وإنما جاء في مجلة (عاكف زادة) ما يأتي:

كذلك إن تعبير ديني هي من أقوى أدوات الإلتزام في مقام الكفالة حسب العرف الجاري في ديارنا فلذلك إذا قيل في معرض الكفالة عبارة ديني أو خذ مني أو أعطيك فهي من ألفاظ الكفالة الظاهرة ويجب ألا يغفل عن قولنا معرض الكفالة. ومقام الكفالة هو كسؤال المدين لآخر قائلاً له أتكفلني أو أمره لآخر بقوله أكفلني أو كقوله مثلاً إن هذا كفيلي (الخلاصة) ان قول الشخص في مثل هذا المقام ان الدين ديني هو بمعنى بلى قد كفلتك وإنني أصبحت مديناً بكفالتي لك وفي الإلتزام يجري حكم الصريح والعرف ولكن قول (ديني) في هذا المقام مجرداً ليس بكفالة كذلك قد ورد في مبحث الكفالة من كتاب درر الصكوك من أنه سئلت دائرة الفتوى العليا عن هل تعد عبارة (ديني) من ألفاظ الكفالة؟ إلا أن هذه المسألة تحتاج إلى نقل صريح.

أما الألفاظ التي لا تدل في العرف والعادة على التعهد والإلتزام فلا تنعقد الكفالة المالية والنفسية بها ما لم تكن معلقة بالشرط (أنظر المادتين ٨٤ و ٦٣٦) (رد المحتار).

مثلاً لو قال أعطيك أو أدفع، أو أسلمك أو آخذ لك أو أطلب لك أو خذ مني أو اعرف مني مالك بذمة فلان أو قال بالفارسية:

انجه ترابر فلانست من بدهم جواب مال توبر من أو جواب كويم ياخود هرجه ترابروي آيد برمن التي هي عبارة عن القول المجرد وكقوله أكرتن فلا نراغمي توانم كردن جواب أين مال برمن

وأمثال ذلك من الألفاظ التي لا تدل على الكفالة فلا تنعقد بها الكفالة (علي أفندي وأنقروي في الكفالة وشبلي).

كذلك لو باع أحد ماله من آخر وسلمه إليه وسأل شخصاً: هل تعرف هذا الشخص؟ فقال المسؤول: نعم أعرفه رجلاً طيباً. فلا يكون ذلك الشخص بمجرد قوله هذا كفيلاً بالمال.

كذلك لو قال أحد لآخر بع مالك الفلاني من هذا الرجل وباع ذلك الرجل ماله منه فلا يكون كفيلاً بثمن المبيع (علي أفندي).

كذلك لو قال أحد لآخر كن كفيلاً بديني الذي على فلان وقال ذلك الشخص إذا كفلتك فماذا يجري عليَّ فلا يكون بذلك كفيلاً.

وقول المادة الألفاظ ليس احترازاً عن الكتابة اللفظية وعلى ذلك فالكفالة تنعقد بكتابة الأخرس (أنظر المادة ٧٠ وشرحها). مثلاً لو كتب أخرس أنه كفيل بنفس فلان أو بماله صحت كفالته كذلك لو كفل أحد بمال الأخرس أو نفسه وقبل الأخرس ذلك كتابة صح «مسائل شتى في الكفالة من الدر المختار والهندية) كما أنه تكون صحيحة أيضاً إذا لم يقبل بها ولم يردها (أنظر المادة ٦٢١).

كون الكفالة النفسية أدنى من المالية: الكفالة النفسية أدنى من الكفالة المالية. وعلى ذلك فهل قال أحد على الإطلاق ان (أنا كفيل لفلان) يحمل على الكفالة النفسية وبعبارة أخرى يحمل على أنه قال أنا كفيل بنفس فلان وتنعقد الكفالة على أنها نفسية ما لم توجد قرينة تدل على أنها كفالة بالمال وإذا وجدت قرينة كانت كفالة بالمال (رد المحتار في الكفالة، والشلبي).

وبناء على ذلك أيضاً لو اجتمعت بينة الكفالة بالمال مع بينة الكفالة بالنفس رجحت بينة الكفالة بالمال (أنظر المادة ١٧٦٢) (البهجة).

أما إذا كفل مصرحاً انني كفيل بدين فلان تنعقد الكفالة مالية ولا يقال هنا (بما أن الكفالة نفسية فيجب أن تنعقد نفسية) (رد المحتار).

﴿المادة ٦٢٣﴾ تكون الكفالة بالوعد المعلق أيضاً أنظر المادة ٨٤ مثلاً لو قال ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه تكون كفالة فلو طالب الدائن المدين بحقه ولم يعطه يطالب الكفيل.

تكون الكفالة بالوعد المعلق أيضاً أي الوعد الذي يكتسب صورة التعليق. أما إذا كان الوعد غير معلق فلا تكون صحيحة (رد المحتار) أنظر المادة (٨٤) وشرحها.

مسائل تتفرع عن هذا: مثلاً لو قال أحد ان لم يعطك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه، تنعقد الكفالة مالية فلو طالب الدائن المدين بحقه ولم يعطه إياه ذلك الرجل أو توفي قبل اعطائه اياه لزم المال الكفيل في تلك الساعة في الحال ويطالب به.

وعليه فان الكفالة لا تنعقد باللفظ الذي هو عبارة عن وعد مجرد كما جاء في المادة السابقة وتنعقد باللفظ المذكور إذا اكتسب صورة التعليق لأنه كما جاء في شرح المادة (٨٤) أن الوعد إذا اكتسب صورة التعليق ظهر فيه معنى الالتزام والتعهد.

جاء (فلو طالب ولم يعطه) أما ما جاء في شرح المادة (٨٢) إذا لم يثبت الشرط فتنعدم الكفالة المعلقة عليه أنظر المادة (٦٣٦).

ثانياً: لو قال أحد لآخر إذا لم يعطك مدينك زيد ما عليه من الدين إلى الوقت الفلاني فأنا اعطيكه فاذا مضت المدة المضروبة ولم يعطه المدين دينه كان الكفيل مطالباً به كما لو قال أحد بع الشيء الفلاني من فلان وإذا لم يعطك الثمن فأنا اعطيكه انعقدت الكفالة وإذا طالب البائع المشتري بالثمن بعد البيع ولم يعطه إياه يثبت له حق مطالبة الكفيل.

ثالثاً: لو قال أحد لآخر إذا لم أسلمك مدينك غداً اعطيك ما لك عليه من الدين فاذا جاء الغد ولم يسلمه مدينه لزمه بناء على ذلك الوعد المعلق اداء ذلك الدين. ولا ريب أن هذه المادة في الكفالة المعلقة الواردة هي المادة (٦٣٦) وتفيد المعنى الذي تفيده تلك فلذلك تعد هذه المادة مكررة نظراً للمادة (٦٣٦).

أما إذا كان الوعد معلقاً فلا تعد الكفالة صحيحة لأن ذلك لا يدل على التعهد والالتزام عرفاً وعادة وهو مجرد وعد والوعد المجرد لا يلزم القيام به (الهندية في الكفالة في الباب الثاني في الفصل الأول) انظر المادة (٦٢٢).

رابعاً: كذلك لو أمر أحد أن يدفع إليه ما له من الدين على فلان من ماله ووعد ذلك الرجل بالدفع فلا يجبر على القيام بتأدية الدين إذا لم يؤده. (الهندية في شتى الكفالة) أنظر المادة (١٥١١).

﴿المادة ٦٢٤﴾ لو قال أنا كفيل من هذا اليوم إلى الوقت الفلاني تنعقد منجزة حال كونها كفالة مؤقتة.

لو قال أحد أنا كفيل بفلان أو بما عليه من الدين من هذا اليوم أو هذه الساعة إلى الوقت الفلاني ففي الصورة الأولى من هذه المسألة تنعقد كفالة نفسية وفي الصورة الثانية تنعقد كفالة منجزة حال كونها كفالها مؤقتة ويستفاد من هذا الشرح كما أن الكفالة المؤقتة تكون كفالة مالية تكون أيضاً كفالة نفسية وتكون كذلك كفالة بالتسليم.

تفصيلات في الكفالة المؤقتة: وتفصيل هذه المادة كما يأتي:

لألفاظ الكفالة أربع صور:

الصورة الأولى: أن يذكر معنى «من» و«إلى» أي أن يعين المبدأ والمنتهى كما في هذه المادة وفي هذه الصورة تكون الكفالة مؤقتة والذي ذكر في الجملة هو هذا كقولك أنا كفيل من اليوم إلى الشهر.

الصورة الثانية: عدم ذكر واحد منهما أي ألاّ تذكر «إلى» و«من» أو معناهما وبعبارة أخرى ألاّ يذكر لا المبدأ ولا المنتهى كقولك كفلته شهراً أو ثلاثة أيام وفي هذه الصورة الثانية تكون الكفالة مؤقتة كما في الصورة الأولى ويجري حكمها على ما جاء في المادة (٦٣٩) ولكن قد ذكر بعض العلماء أن الكفالة في الصورة الثانية ليست مؤقتة وإنما هي كفالة أبدية وهذه الصورة الثانية لم تذكر في المجلة.

الصورة الثالثة: أن تذكر «إلى» أو معناها أي المنتهى ولا تذكر «من» وذلك كأن تقول كفلته إلى شهر وفي هذه الصورة الثالثة ليست الكفالة مؤقتة بل مؤجلة.

والكفيل إنما يطالب بالكفالة بعد شهر من وقت العقد ولا يطالب قبل ذلك وإنما يطالب بعد مرور الشهر ولا تبرأ ذمته من الكفالة بمرور ذلك الوقت لأن التوقيت في هذه الصورة أي ذكر المدة لتأخير المطالبة وليس لتوقيت الكفالة ولقد افتى على هذا الوجه في البهجة إلا إذا اشترط الكفيل براءته من الكفالة بعد مرور المدة المذكورة أي كأن يقول أحد أنا أكفل بفلان أو بماله ثلاثة أيام وبعد ذلك فأنا بريء من الكفالة فلا يكون كفيلاً بعد مرور الثلاثة أيام وهذه هي الحيلة لأن تكون الكفالة غير لازمة الكفيل.

لأن الكفيل بقوله «إلى» فكما أنه لا يكون كفيلاً في بحر الثلاثة أيام لا يكون كفيلاً بعد مرور الثلاثة أيام باشتراطه البراءة من الكفالة بعد الثلاثة أيام «الأنقروي الهندية، رد المحتار، والشرنبلالي».

ولكن قال صاحب رد المحتار لاختيار صورة الكفالة الموقتة في جميع الصور الثلاث المذكورة قلت وينبغي عدم الفرق بين الصور الثلاث في زماننا كما هو قول أبي يوسف والحسن لأن الناس اليوم لايقصدون بذلك الا توقيت الكفالة بالمدة وأنه لا كفالة بعدها وقد تقدم أن مبنى الفاظ الكفالة على العرف والعادة ثم رأيت في الذخيرة قال وكان القاضي الإمام الأجل أبو علي النسفي يقول قول أبي يوسف أشبه بعرف الناس إذا كفلوا إلى مدة يفهمون بضرب المدة أنهم يطالبون في المدة لا بعدها. انتهى.

الصورة الرابعة: أن يذكر من أي المبدأ ولا يذكر المنتهى وفي هذه الصورة احتمالان:

الاحتمال الأول، كون المبدأ من اليوم كقولك أنا كفيل من اليوم وهذه الكفالة منجزة.

الاحتمال الثاني: كون المبدأ من زمن مستقبل كقولك أنا كفيل من الشهر الآتي وهذه الكفالة

مضافة وهذه الكفالات ليست موقتة.

الخلاصة - ان الكفالة في الصورة الأولى مؤقتة كما هو مصرح في المجلة وفي الصورة الثالثة ليست مؤقتة كما أفتى بذلك مشايخ الإسلام أما الرابعة فهي غير مؤقتة بلا ريب وبقيت الصورة الثانية موضعاً للاختلاف.

﴿المادة ٦٢٥﴾ كما تنعقد الكفالة مطلقة كذلك تنعقد بقيد التعجيل والتأجيل بأن يقول أنا كفيل على أن يكون الإيفاء في الحال أو في الوقت الفلاني.

كما تنعقد الكفالة مطلقة بدون ذكر شرط التأجيل أو التقسيط أو التعجيل - ويقال لها أيضاً (كفالة مرسلة) - تنعقد الكفالة بقيد التعجيل أو التأجيل إلى مدة معينة بأن يقول أنا كفيل على أن يكون الإيفاء أي - الأداء والتسليم - في الحال أو في الوقت الفلاني. (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني في الكفالة) ويفسر قوله (في الحال) بالتعجيل (وفي الوقت الفلاني) بالتأجيل.

وتشترط في الكفالة المؤجلة أن يكون الأجل معلوماً وبعبارة أخرى يشترط في الأجل ليكون معتبراً ألّا يكون مجهولاً جهالة فاحشة وقد أشارت المجلة بقولها (إلى الوقت الفلاني) إلى ذلك. فعليه إذا أجلت كفالة إلى أجل مجهول جهالة فاحشة كان الأجل باطلاً وانعقدت الكفالة مطلقة أي أن تلك الكفالة تعتبر (مرسلة) كما لو لم يذكر لها أجل كالتأجيل إلى أن يهب الهواء أو تتساقط الأمطار.

أما الجهل اليسير بالأجل فلا يكون مانعاً من صحة التأجيل فعلى ذلك فتأجيل الكفالة إلى وقت الحصاد أو صوم النصارى صحيح. (رد المحتار، الهندية) ويحل الأجل في أول وقت الحصاد مثلاً.

وإليك توضيح الجهالة اليسيرة في الأجل والجهالة الفاحشة فيما يلي:

إذا لم يكن الأجل المجهول في الكفالة من الآجال المتعارفة ينظر فان كان لا يتصور حصوله في الحال فهو جائز كزمان قص الغنم وزمان العنب، وزمان البيدر. وان كان يؤمل حلوله في الحال فليس جائزاً كهبوب الريح وسقوط الأمطار وقد جاء في شرح المادة (٢٤٨) إيضاح في هذا الخصوص.

وقد جاء حكم الكفالة المطلقة في المادة (٦٥٢) وحكم الكفالة المقيدة في المادتين (٦٥٣و٦٥٤).

قال في الهندية ويجوز تأجيل الكفالة إلى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة وجميع الآجال في ذلك على السواء وفعل ما يثبت الأجل، ان كان من الآجال المتعارفة يثبت سواء أكان آجلاً يتوهم حلوله للحال أو لا يتوهم كما لو كفل بنفس رجل إلى أن يقدم المكفول له من سفره وإن لم يكن من الاجال المتعارفة إن لم يتوهم حلوله في الحال أصلاً كما لو كفل إلى الغطاس أو إلى النيروز أو إلى الحصاد أو إلى الدباس جاز ويثبت الأجل وإن كان يتوهم حلوله في الحال لا يثبت الأجل كما

لو كفل بنفس فلان إلى أن تهب الريح أو إلى أن تمطر السماء. انتهى.

﴿المادة ٦٢٦﴾ تصح الكفالة عن الكفيل.

(رد المحتار) وحكم كفيل الكفيل هذا كحكم الكفيل.

وسواء أكانت الكفالة مالية كأن يكفل شخص دين آخر ثم يكفل شخص آخر ذلك الكفيل عما يطلب بذمته بحسب كفالته وقد بينت هذه المادة صحة كفالة الكفيل كما أن المادة (٦٥٤) والفقرة الثالثة من المادة (٦٤٧) قد بينت حكم الكفالة التي تقع على هذا الوجه (ردالمحتار والخيرية).

أو كانت الكفالة نفسية: لو جاء رجل بعد أن كفل أحد نفس آخر وكفل نفس المكفول على أن يسلمه في الوقت الفلاني وإذا لم يسلمه في الوقت المضروب يدفع ما عليه من الدين صحت الكفالتان الأولى كفالة نفسية منجزة والثانية كفالة مالية معلقة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

ولو كانت الكفالة كفالة بالتسليم.

فكما أن عبارة المجلة (تصح الكفالة عن الكفيل) تشمل كفالة الكفيل فانها تشمل كفيل كفيل الكفيل وهلم جراً.

فإذا كان الكفيل الأول كفيلاً بالمال جاز أن يكون الكفيل الثاني كفيلاً بالمطالبة التي تلزم ذمة الأول كما يجوز أن يكون الكفيل الثاني كفيلاً بنفس الأول الذي هو كفيل بالمال. أما إذا كان الكفيل الأول كفيلاً بالنفس فالكفيل الثاني يكون كفيلاً بنفس الكفيل الأول.

﴿المادة ٦٢٧﴾ يجوز تعدد الكفلاء

يجوز تعدد الكفلاء والمكفول لهم كاثنين أو ثلاثة أو أربعة أو أكثر لأن حكم الكفالة استحقاق المطالبة ويحتمل الاستحقاق المذكور التعدد. مثلاً فكما يصح أن تكون المطالبة بما على زيد من الدين من زيد وعمرو يصح أن تكون منهما ومن بكر وبشر أيضاً. فعلى ذلك لو كفل أحد آخر بشيء وبعد ذلك كفل آخر ذلك الشيء نفسه فلا يخلص الكفيل الأول من الكفالة سواء أكانت الكفالة كفالة بالمال أم كفالة بالنفس أم كفالة بالتسليم وتجري في هذه الصورة أحكام المادة (٦٤٧)(مجمع الأنهر).

فعليه لو أخذ أحد على نفس آخر كفيلاً وبعد ذلك كفل له آخر نفس الرجل المكفول أيضاً صح ذلك وكان كل من الكفيلين منفرداً عن الآخر (الهداية).

ويجوز تعدد المكفول له أيضاً كما قلنا فكما أن لرجل أن يكفل رجلاً واحداً فله أن يكفل اثنين أو ثلاثة أو أكثر كما أنه تجوز الكفالة بعدة ديون أيضاً.

بين هذه المادة والمادة السابقة: فموضوع هذه تعدد الكفلاء للمكفول عنه رأساً. أما المادة السابقة وان كان فيها تعدد كفلاء إلا أن كفلاء المكفول عنه لم يتعددوا رأساً.



الفصل الثاني

في بيان مسائل شروط الكفالة

وهذه الشروط يتحرى عليها وجوداً وعدماً في أربعة أشياء:

الأول، في الكفيل وهذه هي كما ستجيء في المادة الآتية:

أولاً: كون الكفيل عاقلاً بالغاً، ثانياً: كون الكفيل راضياً، ثالثاً: كون الكفيل غير المكفول له، رابعاً: كون الكفيل غير مريض مرض الموت.

الثاني: المكفول عنه. وهو كما جاء في المادة (٦٢٩) والمادة(٦٣٣) أولاً، كون المكفول عنه معلوماً، ثانياً: كون المكفول به معلوماً هل هو النفس أو المال، ثالثاً: عدم لزوم كون المكفول عنه عاقلاً بالغاً.

الثالث: المكفول به. وهي كما جاء في المادتين(٦٣٠)و(٦٣١)، أولاً: كون المكفول به معلوماً شخصاً ومكاناً إذا كان نفساً. ثانياً: عدم لزوم العلم بالمكفول به إذا كان مالاً، ثالثاً: كون المكفول به مضموناً على الأصيل. إذا كان مالاً. رابعاً: كون المكفول به المقرر التسليم والاستحصال عليه من الكفيل ممكناً.

الرابع: المكفول له، هو العلم بالمكفول له كما ذكر في شرح المادة (٦٢٩).

﴿المادة ٦٢٨﴾ يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل عاقلاً وبالغاً فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه والصبي ولو كفل حال صباه لا يوآخذ وإن أقر بعد البلوغ بهذه الكفالة.

يشترط في انعقاد الكفالة كون الكفيل اهلاً للتبرع بأن كان عاقلاً بالغاً.

فلا تصح كفالة المجنون والمعتوه بناء على أنه يشترط في الكفيل أن يكون عاقلاً ولا تصح كفالة الصبي المأذون أو غير المأذون بناء على أنه يشترط في الكفيل أن يكون بالغاً وسواء في ذلك كفالة الدين وكفالة النفس وكفالة التسليم. ولا تنعقد هذه الكفالة وبعبارة أخرى ان هذه الكفالة باطلة ولا يكون موقوفة على إجازة الولي أو إجازة الصبي بعد البلوغ أو إجازة المجنون أو المعتوه بعد الافاقة لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ (الشلبي).

أنظر المادة(٩٦٦) والفقرة الثانية من المادة (٩٢٧).

لأن الكفالة تبرع والصبي ليس اهلاً لذلك وإذا كانت الكفالة بلا أمر فهي تبرع بلا ريب أما الكفالة بالأمر فهي تضر بالصبي أيضاً لأنه من المحتمل أن لا يأخذ من الآمر ما اعطاه إلى الطالب

وإذا كفل صبي أو مجنون كفالة بالنفس أو بالمال أو بالتسليم لا يؤاخذ بهذه الكفالة وإن أقر بها بعد البلوغ أو الإفاقة لأنها كفالة باطلة بوقوعها في حال الصغر أو الجنون. وما لم يجددها بعد البلوغ أو بعد الافاقة لا اعتبار لها. (الحموي).

مستثنى- ولكن تصح كفالة الصبي في المسألة الآتية:

لو استقرض ولي الصبي أو وصيه مالاً للإنفاق عا [illegible] وكسوته وأما أشبه ذلك من اللوازم الضرورية أو لاشتراء شيء له وأمر الصبي بكف [illegible] رض أي بالمال الذي استدانه لأجله وكفله الصبي بذلك طولب الصبي بالكفالة (الهندية [illegible] باب الأول من الكفالة، الأنقروي).

لأن مثل هذا الدين يرجع الى مال الصبي ولو لم يكفل به وبما أن هذه الكفالة إنما هي عبارة عن تأكيد للمطالبة الثابتة قبلاً فلا تعد تبرعاً.

أما إذا كفل الصبي نفس وليه فلا تصح كفالته لأنه بما أن الصبي لا يلزمه قبل الكفالة تسليم نفس المكفول به فتعد مثل هذه الكفالة تبرعاً. والصبي ليس بأهل للتبرع (الدر المختار، ورد المحتار).

وعلى ذلك فلو اختلف الكفيل والطالب وقال الكفيل إنني كفلت في صغري وقال الطالب انك كفلت حال بلوغك فالقول للكفيل ويحتاج الطالب إلى إقامة البينة أنظر المادة(٧٧).

كذلك لو قال الكفيل إنني كفلت وأنا مجنون وقال الطالب انك كفلت وأنت عاقل فالقول للكفيل إذا كان معروفاً إنه كان مجنوناً أما إذا لم يكن معروفاً كذلك فالقول للطالب «الهندية في الباب الأول من الكفالة، والأنقروي».

وإذا كان الكفيل أهلاً للكفالة فيشترط في صحة الكفالة رضاء الكفيل. وعلى ذلك فإذا كفل كفالة بمال أو كفالة بنفس أو كفالة بتسليم لا تعتبر إذا كانت واقعة بإكراه معتبر أنظر المادة (١٠٠٦) «المجموعة الجديدة بزيادة».

مثلاً لو اكره أحد آخر على أن يكفل عنه بدين لغريمه وكفل ذلك مكرهاً فلا يؤخذ بالكفالة هذه ولا يطالب (التنقيح)

كفالة المريض: يشترط أيضاً ألا يكون الكفيل مريضاً مرض الموت أنظر المادة (١٦٠٥) لأن المريض مرض الموت ليس مقتدراً على التبرع بأكثر من ثلث ماله (الزيلعي).

وكفالة المريض أما أن تكون عن أجنبي وأحكامها مفصلة فيما يأتي: إن كفالة المريض المالية عن أجنبي تعتبر إلى ثلث ماله وما لم تجز ورثته الزيادة عن الثلث فلا تعتبر وتكون باطلة فيما يزيد عن الثلث كذلك لو كفل المريض الذي تكون تركته مستغرقة بالديون بدين على آخر فليس لكفالته حكم.

كذلك إذا لم يكن على المريض دين حين الكفالة ولكن لو استغرقت بعد ذلك تركته بدين لأجنبي وأقر له المريض فلا يبقى حكم للكفالة أيضاً وللمقر له أن يضبط كل التركة في مقابل دينه ويستوفيه. وإذا لم تكن التركة مستغرقة ليستوفي الدائن المكفول به من ثلث مال الكفيل إذا كان الثلث يكفي لايفائه وإذا لم تكن كافياً فيستوفي الثلث مهما كان. إلا إذا كان المريض قد أقر في مرضه أنه كفل ذلك الدين للأجنبي في حال صحته فحينئذ يؤخذ الدين من جميع ماله كما هو مبين في المادة (١٦٠٥) (رد المحتار في الكفالة، والهندية).

أو تكون كفالته لوارث، وهذه الصورة ستأتي في المادة(١٦٠٥).

وإنما إذا علقت الكفالة على شرط في حال الصحة ووجد الشرط بعد المرض وبرم المريض الضمان بناء على المادة(٨٢) فتكون هذه الكفالة في حكم الكفالة في حال الصحة مثلاً لو قال أحد في حال الصحة كل ما يقر به فلان لفلان فهو عليَّ ومرض بعد ذلك مرض الموت أو توفي وأقر ذلك الشخص بألف قرش للمكفول له لزمت الألف قرش من جميع مال المتوفي وليست هذه الكفالة في حكم الكفالة في مرض الموت. ويخاصم المكفول له غرماء الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة وهامش الأنقروي). أما الكفالة النفسية فليست بمال.

فعليه لو أبرأ أحد وهو مريض مرض الموت وارثه من كفالة بالنفس يكون صحيحاً فلو أبرأ أجنبياً من ذلك صح ولا تعتبر من ثلث ماله.

كذلك لو أبرأ المريض الذي تكون تركته مستغرقة بالديون آخر من الكفالة صح، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث) إما إبراء المريض أحداً من الكفالة المالية وتركته مستغرقة بالديون فلا يصح (أنظر المادة ١٥٨١).

﴿المادة ٦٢٩﴾ لا يشترط كون المكفول عنه عاقلاً وبالغاً فتصح الكفالة بدين المجنون والصبي.

أي أنه لا يشترط كون المكفول عنه أو المكفول له عاقلاً وبالغاً في انعقاد الكفالة ونفاذها لأنه ليس في هذه الكفالة ما يضر بالمكفول عنه مطلقاً وإنما يكون الضرر على الكفيل لأنه إذا أدى أحد ما على صبي من الدين بمقتضى كفالته إياه عد متبرعاً به وذلك مما يعود بالنفع على الصبي. فعليه وكما تصح كفالته بنفس العاقل البالغ أو ماله وتكون نافذة تصح كفالته بنفس المجنون أو الصبي المأذون أو دينه وتكون كفالته نافذة ويطالب الكفيل بالمكفول به. وإذا أدى الكفيل ما على هؤلاء من

الدين فليس له الرجوع عليهم وسواء في ذلك أكانت الكفالة بأمرهم أو بدون ذلك فعدم الرجوع مع الأمر هو لأن إقرار الصبي والمجنون ليس بصحيح بمقتضى حكم المادة(١٥٧٣) فيكون الأمر الصادر منهم في الكفالة ليس صحيحاً أيضاً أما عدم الرجوع مع عدم الأمر بالكفالة لأن الكفالة بدون الأمر تبرع (أنظر المادة ٦٥٧ وشرحها). حتى لو طلب أحد شيئاً من صبي أو مجنون وكفل آخر المجنون أو الصبي بنفسه أو بدينه بدون اذن الولي أو الوصي صحت كفالته وإذا أراد الكفيل تسليم الصبي في الكفالة بالنفس إلى المكفول له وكانت الكفالة بأمر الوصي أو الولي أو بأمر الصبي وهو مأذون فله احضار الصبي المكفول عنه جبراً ويسلمه إلى المكفول له وإلا فليس له أن يجبر الصبي على الحضور وتسليمه المكفول له (الهندية في الباب الأول من الكفالة).

وذلك كما مر في شرح المادة (٦١٢).

كذلك إذا كفل أحد نفس صبي على أن يسلمه في الوقت الفلاني وإذا لم يسلمه في الوقت المضروب عليه تسليم ما عليه من الدين جازت كفالته. وإذا لم يسلم الصبي ضمن الكفيل ما يحكم على وليه أو وصيه. وليس للكفيل الرجوع على الصبي فيما يضمنه بسبب ذلك. ما لم تكن الكفالة بأمر الولي أو الوصي أو الصبي المأذون بالتجارة كما ستفصل ذلك المادة (٦٥٧) «رد المحتار والنتيجة».

وقوله في هذه المادة (المكفول عنه) ليس احترازاً عن المكفول له فكما أنه لا يشترط في المكفول عنه أن يكون عاقلاً بالغاً فليس البلوغ والعقل شرطاً في صحة الكفالة عند ابي يوسف رحمه الله تعالى. لأن الكفالة بناء على ما جاء في المادة (٦٢١) تنعقد بإيجاب الكفيل فقط ولا يلزم قبول المكفول له أو قبول أحد من طرفه الكفالة وعليه فليس من فائدة لتحري كونه عاقلاً بالغاً. وعليه لو كفل أحد لصبي محجور ما له من الدين على شخص فكفالته صحيحة، (رد المحتار).

لكن يشترط كون المكفول عنه معلوماً كما سيوضح في شرح المادة الآتية:

حتى أنه لو قال أحد لآخر (إنني كفيل بكل مالك على الناس من الدين أو إنني كفيل بكل ما يخرج لك على كل أحد من الدين) تصح كفالته كذلك لو قال لجماعة (إنني أكفل لكم أو لغيركم اثمان كل مال يباع من فلان) فكفالته في قوله (أكفل لكم..) للمخاطبين صحيحة ولغيرهم غير صحيحة كما سيأتي في شرح المادة الآتية (الهندية).

وكذلك يشترط في صحة الكفالة العلم بالمكفول به هل هو نفس أو مال فعليه لو قال أحد أنا كفيل أو ضامن ولم يقل بفلان أو بماله فلا تصح الكفالة ما لم توجد قرينة تدل على المكفول به منهما.

كذلك فكما تنعقد الكفالة نفسية لو قال أحد لآخر أكفل لي هذا الرجل وقال ذلك الرجل قد كفلته تنعقد الكفالة مالية لو قال إكفل لي ديني الذي على هذا الرجل وقال ذلك الرجل قد كفلته (رد المحتار) أنظر المادة (٦٦) متناً وشرحاً.

﴿المادة ٦٣٠﴾ إن كان المكفول به نفساً يشترط أن يكون معلوماً وإن كان مالاً لا يشترط أن يكون معلوماً فلو قال أنا كفيل بدين فلان على فلان تصح الكفالة وإن لم يكن مقداره معلوماً.

يشترط في صحة الكفالة إن كان المكفول به نفساً أن يكون معلوماً شخصاً ومكاناً وبعبارة أخرى ألا يكون شخصه مجهولاً جهالة فاحشة.

العلم بشخصه: إذا كان شخص المكفول به معلوماً صحت الكفالة فلو قال أحد إنني كفيل بنفس فلان صحت كفالته وإذا لم يكن شخصه معلوماً فلا تصح الكفالة فلو قال أحد لآخر أنا كفيل من يغتصب منك مالاً أو من يبيعه منك أو من يتبايع معك فهذه الكفالة النفسية غير صحيحة. قيل في الشرح (كون شخصه معلوماً) لأنه ليس من اللازم أن يكون اسمه معلوماً فعليه لو قال إنني كفيل بنفس رجل لا أعرفه ولكن إذا رأيته عرفته، فإقراره هذا جائز وإذا سلم إليه أي رجل وحلف على أنه ليس الذي قال عنه المدعي برئ من الكفالة لأن الجهل بالمقر به لا يمنع بمقتضى المادة (١٥٧٩) من صحة الإقرار(الدر المختار). وقد اشير أثناء الشرح إلى أنه يراد بقوله معلوماً الإحتراز من الجهالة الفاحشة أي أن الجهالة اليسيرة بالمكفول به في الكفالة النفسية لا تكون مانعاً من صحة الكفالة فعليه لو قال أحد (أنا كفيل بالشخص الفلاني أو بنفس الرجل الفلاني) صح ويعود إلى الكفيل بيان المكفول به الشخص الفلاني أو الرجل الفلاني ومن يسلمه الى المكفول له منهما برىء الكفيل. قال في رد المحتار لو قال أنا كفيل لفلان أو فلان كان جائزاً يدفع أيهما شاء فيبرأ عن الكفالة انتهى.

العلم بمكان المكفول به: يشترط في المكفول به إذا كان نفساً أن يكون مكانه معلوماً فعليه إذا كان أحد غائباً فلا تصح الكفالة بنفسه (رد المحتار، ومجمع الأنهر، والبزازية) وإذا كان المكفول به مالاً فليس كونه معلوماً وكون الدعوى صحيحة بشرط في صحة الكفالة لأن الكفالة مبنية على التوسع وقد وقع الإجماع على صحة الكفالة بالدرك لهذا السبب. والحال أنه في الكفالة بالدرك لا يكون المقدار الذي يضبط بالإستحقاق من المبيع معلوماً. ومع جهالة المكفول به على هذه الصورة تصح الكفالة المالية سواء أكانت تلك الجهالة فاحشة أم يسيرة. «التنوير وشرحه، وحاشيته».

مسائل تتفرع عن الكفالة بالمجهول:

المسألة الأولى، فكما تصح الكفالة بدين معلوم تصح أيضاً لو قال أنا كفيل بدين فلان على فلان وإن لم يكن مقداره معلوماً. وفي هذه الحال على الكفيل تعيين الدين المطلوب من المكفول عنه للمكفول له أنظر المادة (١٥٧٩) ويضمن الكفيل ما يقر به ويعينه وإن كان زائداً عما يقرّ به الأصيل أنظر المادة (٨١).

وإذا ادعى المكفول له بأكثر مما أقر به الكفيل وأثبت مدعاه بالبينة ضمن الكفيل ذلك أيضاً

لأنه قد كفل بما يتبين على الأصيل مضموناً أنظر المادتين (٧٥، ٧٦). وإن لم يثبت المكفول له الزيادة فليس قوله المجرد بناء على هذه المادة حجة على الأصيل وبذلك لا تكون حجة على الكفيل أيضاً وللكفيل (بناء على ذلك) القول مع اليمين على أنه لا يعلم أن المكفول به زائد عما أقر به. لأنه إذا كان ما التزم به الكفيل مالاً فيجب تصديقه في المقدار الذي التزم به مع اليمين. لأنه منكر للزيادة. والقول مع اليمين للمنكر أنظر المادة (١٧٤٨) وإذا أقر الأصيل بكذا قرشاً أو نكل عن اليمين فهذا الإقرار أو النكول قاصر على نفس الأصيل ولا تأثير له على الكفيل. لأن الإقرار إنما يكون حجة على المقر وليس بحجة على سواه لأن الإنسان بإقراره بشيء يكون مقراً بالنسبة إلى نفسه ومدعياً بالنسبة إلى غيره ولا يثبت صدق المدعي إلاَّ بحجة «واقعات المفتين».

المسألة الثانية، وإذا قال أحد لآخر إنني كفلت بعض مالك على فلان من الدين صح ويلزم على الكفيل تعيين مقدار ذلك البعض أنظر المادة (١٥٧٩) (رد المحتار في الكفالة).

المسألة الثالثة، وفقرة «وكذا لو قال أنا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين... الخ» الواردة في المادة (٦٣٦) من جملة مسائل المكفول به المجهول وفي الكفالة التي تقع على ما جاء في الفقرة المذكورة من المادة (٦٣٦) يطالب الكفيل بما يقر به الأصيل. قال عبد الحليم لو كفل بما ذاب لك عليه فعلي إن ما ثبت فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله. وذاب بمعنى حصل ووجب. وقد وجب بإقراره بخلاف قوله كفلت بما لك عليه فإن الكفالة بالدين القائم في الحال كما في المقدسي.

كذلك لو كفل أحد بأجرة فقال الكفيل بعد ذلك إن الأجرة مائة قرش وقال المستأجر إنها خمسون قرشاً فالقول للمستأجر مع اليمين على أنها لم تكن أكثر من خمسين قرشاً لأن المستأجر منكر الزيادة ويطالب الكفيل بمائة قرش حسب إقراره (أنظر المادة ١٥٨٧).

وإذا كانت تلك الكفالة بأمر المستأجر فللكفيل الرجوع عليه بخمسين قرشاً أنظر المادة (٧٨) وإذا أقام البينة رجحت بينة الآجر أنظر المادة (٧٦٢).

أما إذا أقام الطالب البينة على مقدار الأجرة فله أن يأخذ من الكفيل والمستأجر ما يزيد «الهندية وفي الباب الرابع والعشرين من كتاب الإجارة».

صحة الدعوى ليست شرطاً في صحة الكفالة: فعليه لو ادعى أحد بمال على آخر ولم يبين مقدار ذلك المال أو لم يبين صفته مع بيان المقدار وكانت الدعوى بمقتضى المادة (١٦٢٦) غير صحيحة فقال له شخص «أترك ذلك الشخص وأنا كفيل به، فإذا لم أسلمه إليك غداً فليكن ما تدعيه قبله عليَّ» فهذه الكفالة المالية المعلقة صحيحة فإذا لم يسلمه إليه لزم الكفيل ضمان المال المدعى به بعد الثبوت. وإذا حصل اختلاف في صفة المال فالقول للمكفول له. (التنوير، والمنح).

وبعد إيضاح هذه المادة على الصورة المتقدمة فلنذكر المسائل التي أشير إلى تعريبها في المجلة:

جاء في المجلة (على فلان) لأن معلومية المكفول عنه شرط في صحة الكفالة (التنوير).

فعليه لو قال أحد لآخر إنني أكفل كل مال سيغصبه منك الناس أو يستقرضونه فلا تصح كفالته. كذلك لو قال أحد لزيد «إنني أكفل كل دين يظهر لك على الناس» فليست هذه الكفالة صحيحة. لكن تستثنى المسألة الأولى من شرح المادة (٦٥٨) من ذلك.

لكن الكفالة بالترديد في الكفالة المنجزة صحيحة. ويقول الفقهاء عن الترديد المذكور تخييراً لأن الكفيل يكون مخيراً كما سيأتي: قال في الدرر لا تصح أيضاً بجهالة المكفول عنه في تعيين وإضافة لا تخيير ككفلت بمالك على فلان أو فلان فتصح. انتهى.

وعليه لو قال أحد لآخر «إنني كفيل بالشخص الفلاني أو بمالك على الرجل الفلاني من الدين» فالكفالة صحيحة ويكون الكفيل مخيراً في تعيين واحد منهما وبعبارة أخرى إذا أدى الكفيل واحداً من الشيئين برئ من الكفالة والحكم على هذا المنوال أيضاً في الكفالة بالنفس وقد بين ذلك في شرح الفقرة الأولى من هذه المادة. (الدر المختار ورد المحتار والهندية في الباب الأول من الكفالة).

لكن تخيير المكفول له مانع لصحة الكفالة كما سيذكر.

كذلك لو قال أحد إنني أكفل نفس فلان أو بالألف قرش التي على فلان جاز وعلى الكفيل أن يعين أحدهما ويوفيه وإذا أوفى أحدهما برئ من الثاني (رد المحتار).

جاء في المجلة «بدين فلان» لأن معلومية المكفول له شرط في صحة الكفالة المنجزة، والمعلقة والمضافة وجهالة المكفول له مانعة من صحتها سواء أكان المكفول له واحداً أم متعدداً (رد المحتار). وعلى ذلك فإذا كان المكفول له معلوماً كانت الكفالة صحيحة سواء أكان المكفول له واحداً أم متعدداً.

وعليه لو قال أحد مخاطباً عشرين شخصاً معلومين (أنا كفيل بثمن ما ستبيعونه من فلان وتسلمونه إليه) صحت كفالته (الهندية في الباب الأول).

أما إذا كان المكفول له مجهولاً فليست الكفالة صحيحة.

وعليه لو قال أحد لآخر «إنني أكفل بما تغصبه من أي أحد أو بما يحكم به عليك لأي إنسان أو بما يظهر عليك من الحقوق لأي شخص» أو لو قال «إنني أكفل اليوم لمن يبيع شيئاً لفلان ثمن مبيعه» فليست هذه الكفالة المالية صحيحة «التنوير، الدر المختار، الهندية».

كذلك لو تعاطى أحد الدلالة فقال آخر إنني أكفل ما يقع من هذا الشخص من الضرر ولم يكن المكفول له معلوماً فليست هذه الكفالة صحيحة. (علي أفندي فيما يصح من الكفالة).

كذلك لو كفل أحد لآخر دينه الذي على شخص وظهر أن ذلك الدين ليس لذلك الشخص المكفول له تكون الكفالة صحيحة **«التنقيح»**.

كذلك لو قال أحد «إنني كفيل بدين ذلك الرجل على هذا الشخص أو إنني كفيل بمطلوب ذلك الرجل على هذا الشخص» فلا تصح الكفالة (الهندية في الباب الأول).

كذلك لو قال أحد «إنني أكفل لكل من يبيع من فلان هذا اليوم شيئاً بثمنه فلو باع منه بعض الناس شيئاً فلا يلزم ذلك الرجل شيء (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

كذلك لو قال أحد مخاطباً ثلاثة أشخاص (إنني أكفل لكم ولغيركم ثمن ما تبيعونه من فلان) فتكون الكفالة صحيحة بالنسبة إلى الأشخاص الثلاثة المعلومين وغير صحيحة بالنسبة إلى غيرهم (الهندية).

مستثنى: وتستثنى من مسألة جهالة المكفول له مانعة من صحة الكفالة (المسألة الآتية).

وهي ليست جهالة المكفول له (في الكفالة التي ضمن شركة المفاوضة) مانعة لصحتها (رد المحتار) أنظر المواد (٥٤ و١٣٣٤ و١٣٥٦) في المتفاوضات.

فإذا افترقا فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيها شاءوا بجميع الدين ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف فيرجع بالزيادة (الهندية في الباب الرابع).

وجاء في المجلة (بدين فلان على فلان. . الخ) إشارة إلى أنه يجب أن يكون الكفيل غير المكفول له لأنه لا يصح أن يكون الإنسان كفيلاً لنفسه.

وعلى ذلك فلو كفل الوكيل بالبيع المشتري بثمن المبيع لموكله فلا تكون كفالته صحيحة سواء أكان ذلك بعد قبض الوكيل الثمن المذكور أو قبله لأن حق قبض ثمن المبيع بناء على المادة (١٤٦١) عائد إلى الوكيل أصالة فإن كفل الثمن قبل القبض كان ذلك منه لنفسه وليست هذه الكفالة جائزة، لأن حق القبض له بالأصالة ولذا لا يبطل بموت الموكل وبعزله وجاز أن يكون الموكل وكيلاً عنه في القبض وللوكيل عزله (رد المحتار).

حتى أن الكفيل لو أعطى الثمن إلى البائع بناء على هذه الكفالة فله أن يرجع عليه به، ويسترده ولكن إذا لم يكن أعطاه بناءً على هذه الكفالة بل أعطاه متبرعاً صح (الأنقروي في الفصل الثاني من الكفالة).

على أن الرسول بالبيع إذا كفل بثمن المبيع صح أما بعد القبض فبما أن الثمن يكون في يده أمانة بناء على المادة السابقة فلا تصح.

كذلك لا تصح كفالة الوصي أو الناظر المشتري للصغير بثمن المال الذي باعه (الدر المختار).

مثلاً لو أعطى أحد آخر نقوداً من مال الصغير الذي له الوصاية عليه وكفل عنه بالمال للصبي فلا تصح كفالته (النتيجة).

وعلى ذلك فلو كفل أحد الوصيين بالآخر فلا تصح كفالته. ما لم يكفل الأوصياء بدين المتوفي لوارث له كبير فتصح الكفالة وفي هذا الدين يخرج الأوصياء منه فلا يكون لهم قبضه بعد ويعين الحاكم وصياً جديداً لاستيفائه من الوصي الكفيل.

كذلك لو أودع أحد عند آخر أمانة وكفل المودع بتسليم الأمانة إليه فلا تصح، نعم وإن كانت الكفالة بتسليم الأمانة جائزة فليس ذلك إلا عندما تقع من غير المودع. قال في (رد المحتار) الثمن بعد القبض أمانة عند الوكيل غير مضمونة والكفالة غرامة وفي ذلك تغيير لحكم الشرع بعد ضمانه بلا تعد وأيضاً كفالته لما قبضه كفالة الكفيل عن نفسه وأما صحة الكفالة بتسليم الأمانة فذاك في كفالة من ليست الأمانة عنده.انتهى بتغيير ما قال في أدب الأوصياء. ولو كان للميت دين على رجل فضمنه أحد الوصيين لصاحبه أو للصغير لم يجز ولو ضمناه للوارث الكبير جاز وخرج عن الوصاية في ذلك الدين فليس لهما مقاضاته فينصب القاضي وصياً آخر فيطلبه ويقبضه. انتهى بتغيير ما.

وكذلك لا تصح كفالة المضارب لرب المال بالمال أي أنه لو باع المضارب مال المضاربة من آخر وكفل لرب المال بعد ثمنه فلا تصح كفالته (مجمع الأنهر).

وقيل في هذه المسألة (الوكيل بالبيع ..) لأن كفالة الوكيل بقبض الثمن بـذلك الثمن صحيحة (الدر المختار ورد المحتار وعبد الحليم).

كذلك لو كان لشخص مع آخر دين مشترك عند آخر ولو كان ناشئاً عن إرث وكان الدين صحيحاً فلا تصح كفالة ذلك الشخص على المطلوب المذكور حتى أنه لو دفع لشريكه طلبته المكفول بها بناء على الكفالة فله استرداد ما دفعه إليه لأنه إذا دفع أحد مالاً يجب عليه أداؤه إلى آخر فله استرداده كما جاء في شرح المادة (٩٧). والسبب في عدم صحة هذه الكفالة أيضاً هو وقوع الكفالة إما على النصف المعين الذي يصيب المكفول له وذلك يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهذا كما جاء في المادة (١١٢٣) ليس بجائز «لأن القسمة عبارة عن الإفراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزاً في حيز على جهة وذا لا يتصور في غير العين إذ الفعل الحسي يستدعي محلاً حسياً والدين حكمي (رد المحتار) أو تكون واقعة على نصف شائع وحينئذ يكون للكفيل بناء على المادة «١١٠١» أن يأخذ نصف المقبوض لنفسه وبذلك يكون كفيلاً لنفسه أيضاً وهذا غير جائز.

وإن لم تكنْ كفالة الشريك في الدين المشترك صحيحة فإذا كفل أجنبي لأحد الشريكين بدينه فما يؤديه الكفيل لأحدهما يكون مشتركاً بينهما كما إذا أداه الأصيل (أنظر المادة ١١٠١)، (رد المحتار).

أما إذا لم يكن الدين مشتركاً صحت الكفالة كما إذا باع اثنان مالاً صفقتين من آخر وكفل أحدهما للآخر بدينه. الخلاصة، أن كل كفالة تتضمن كفالة الكفيل نفسه ليست صحيحة (رد المحتار والهندية).

﴿المادة ٦٣١﴾ يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل يعني أن إيفاءه يلزم الأصيل فتصح الكفالة بثمن المبيع وبدل الإجارة وسائر الديون الصحيحة كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على إيفائه عيناً أو بدلاً وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبول على سوم الشراء ان كان قد سمى ثمنه وأما الكفالة بعين المبيع قبل القبض فلا تصح لأن البيع لما كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع لا تكون عين المبيع مضمونة عليه بل إنما يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار وسائر الأمانات لكونها غير مضمونة على الأصيل لكن لو قال أنا كفيل ان أضاع المكفول عنه هذه الأشياء واستهلكها، وتصح الكفالة بتسليم المبيع وبتسليم هؤلاء وعند المطالبة لو لم يكن للكفيل حق حبسها من جهة يكون مجبوراً على تسليمها إلا أنه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات لا يلزم الكفيل شيء.

أي أنه يشترط في الكفالة بالمال أن يكون المكفول به مضموناً على الأصيل أي أن يكون إيفاؤه عيناً أو بدلاً لازماً على الأصيل سواء أكان المكفول به ديناً أو عيناً مضمونة بنفسها، (رد المحتار).

والمال في هذه المادة يشمل العين والدين. والواقع أن الدين وإن كان أمراً حكمياً ولا يمكن إدخاره لعدم وجوده وليس هو بناء على المعنى الوارد في المادة (١٢٦) مالاً في الحال بل هو مال حكماً بالنظر إلى عاقبة القبض. لأن الدين يصبح عيناً ينتفع به عند قبضه في الزمن الآتي (البحر في شرح قول الكنز وعن الميت المفلس).

ويستفاد من هذه العبارة حكمان:

الحكم الأول - إذا لم يكن المكفول به مضموناً فلا تصح الكفالة. لأن ما لا يجب إيفاؤه على الأصيل ويكون مضموناً عليه فلا يجب ضمانه على الكفيل. لذلك لا تصح الكفالة بما لا يلزم الأصيل أداؤه كالرشوة، القمار والجيفة وثمن الرجل الحر. لأن هذه ليست مضمونة على الأصيل فلا يلزمه إيفاؤها.

وعليه لو ادعى الكفيل بعد أن كفل بدين أحد على آخر أن كفالته ليست صحيحة لأن ذلك الدين رشوة أو قمار، أو جيفة أو ثمن آدمي حر، على المكفول له وأقر المكفول له بذلك وصدقه فيخرج الحاكم الكفيل من الكفالة لبطلان الكفالة. لكن لو حضر بعد ذلك الأصيل والمكفول عنه وأقر بأن المبلغ المذكور ثمن لمبيع أو قرض وصدق المكفول له هذا الاقرار أيضاً لزم ذلك المبلغ الأصيل بموجب إقراره **أنظر المادة (٨٧)** (الهندية في الباب الثالث من الكفالة).

هذا ويتفرع من هذا الحكم الأول فقرة (وأما الكفالة بعين المبيع قبل القبض. . . الخ) وفقرة (وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمستعار. .).

الحكم الثاني - إذا كان المكفول به مضموناً صحت الكفالة. فتصح الكفالة بثمن المبيع أي ثمن المال الذي بيع بيعاً صحيحاً وبدل الإجارة المعجل أو المؤجل سواء كان عيناً أو ديناً وكذلك بالمهر وبدل الطلاق في الطلاق على مال والمسلم فيه وسائر الديون الصحيحة القائمة كالخراج المعين والضرائب في أحوال استثنائية أيضاً. إلا أنه إذا كان المشتري صبياً محجوراً فكفالته بثمن المال الذي اشتراه وان كان صحيحاً فلا يلزم الكفيل شيء من ذلك تبعاً للأصيل لكن لو باع الصبي المحجور مالاً من آخر وكفل له أحد كفالة درك فإذا كانت الكفالة بعد القبض فلا تصح وان كانت قبل ذلك صحت (أنظر شرح المادة ٦١٢) «البحر».

وقد قيد (ثمن المبيع) هنا بثمن المال الذي يباع بيعاً صحيحاً لأنه إذا ظهر فساد البيع ظهر فساد الكفالة بناء على المادة (٥٢) ولا يلزم الكفيل إعطاء البائع الثمن إلا إذا لم يكن سلمه إياه. فضلاً عن أن الثمن المسمى لا يلزم الأصيل في البيع الفاسد كما جاء في المادة (٣٧١) حتى يلزم الكفيل. وان أعطى الكفيل الثمن وكانت الكفالة بالأمر فله أخذه ان شاء من البائع وان شاء من المشتري (الخيرية) لأنه من الأصول المقررة إذا أعطى أحد آخر شيئاً ظاناً أنه يلزمه وظهر له بعد ذلك أنه غير واجب عليه فله الرجوع على ذلك الرجل بما أعطاه أي أنه له صلاحية استرداد ما أعطى ذلك الشخص (التنقيح). فإذا أخذ ذلك من المشتري فله أخذه من البائع وأما إذا أعطى المشتري الثمن الكفيل ففي هذه الصورة يرجع المشتري على البائع وإذا كانت الكفالة بلا أمر أخذ الكفيل ما أعطى من البائع فقط لأنه أدى الكفالة فاسدة على أنه إذا وقع أولاً البيع صحيحاً وبعد أن كفل بالثمن أحد الحق المتبايعان به شرطاً فاسداً فللكفيل الرجوع على المشتري بثمن المبيع بعد أدائه إلى البائع وذلك إذا كانت الكفالة بأمره (الكفوي فيما تقع به البراءة مالاً).

وقد قيدت الديون في متن المجلة بالديون (الصحيحة) لأنه لا تجوز الكفالة بالديون غير الصحيحة كما إذا أقر صغير غير مميز بدين كذا قرشاً لشخص وكفله به أحد فكما أن ذلك الاقرار بناء على المادة (١٥٧٤) غير صحيح فالكفالة أيضاً غير صحيحة (البهجة).

مستثنى - على أنه وان كان ما يقرر ويقدر بحكم الحاكم ولا تمكن استدانته أو النفقة المقررة التي تقرر وتقدر برضاء الزوج والزوجة وتسقط بالطلاق أو الوفاة وليست ديوناً صحيحة تصح الكفالة بها استحساناً (الدر المختار، والأشباه) وتصح الكفالة أيضاً بالنفقة المستقبلة كقول الرجل لامرأة الغير كفلت لك بالنفقة أبداً ما دامت الزوجية (الدر المختار ورد المحتار ملخصاً). **الديون:** جمع دين.

(الدين الصحيح) هو مالا يسقط بغير الإداء أو الابراء حقيقة أو حكماً. كالقروض، وثمن المبيع، وبدل الإجارة والمسلم فيه، وقيمة المغصوب. والمال المحال به، ومهر المثل (والمهر المسمى، وبدل المخالعة) والنفقة التي تستقرض بأمر الحاكم على أن يرجع بها على من عليه النفقة. (الدر

المختار ورد المحتار، والنتيجة، والأنقروي).

والابراء الحقيقي: مذكور في المادة (١٥٣٦) من المجلة والابراء حكماً هو إذا طاوعت الزوجة قبل الدخول ابن زوجها سقط عنه دين المهر، لأن تعمدها ذلك قبل الدخول مسقط مهرها فكأنها ابرأته منه (الدر المختار، ورد المحتار).

كذلك إذا أدى المستأجر الأجرة قبل استيفاء المنفعة. وأخذ على المستأجر كفيلاً بضمان الأجرة فيما إذا لم تستوف المنفعة بسبب من الأسباب. تصح الكفالة (أنقروي في الفصل الثاني). ويزادعلى هذا التعريف للدين الصحيح السؤالان الآتيان.

السؤال الأول: - بما أن ثمن المبيع يسقط برد المبيع إلى البائع بضبطه بالاستحقاق أو بخيار العيب أو خيار الشرط أو خيار الرؤية كما هو مذكور في المادة (٦٧١) فليس ذلك بدين صحيح.

جواب - فسقوط الثمن على الوجه المشروح ناشئ عن عروض أسباب تبطل وتفسخ حكم العقد بلزوم المشتري الثمن وإظهار الثمن غير ملزم بالعقد. وإلا فلا يسقط الثمن بوجه آخر دون عروض سبب مسقط لقضاء العقد والثمن ويفسخ حكم العقد .(رد المحتار).

السؤال الثاني - بما أن المحال به يسقط أيضاً بغير الأداء والابراء فقد خرج بذلك من تعريف الدين الصحيح المذكور وعليه فيلزم أن تكون الكفالة به غير صحيحة والحال أن الكفالة به صحيحة فما الوجه في ذلك؟

الجواب - بما أن وفاة المحال عليه قبل القضاء والابراء أمر بعيد ونادر وقوعه فلذلك لا يعتبر (أنظر المادة ٤٢) «عبد الحليم في الكفالة».

والدين الغير صحيح هو ما يسقط بدون أداء أو ابراء. كالنفقة المقررة ودين الزكاة فكما تسقط النفقة المذكورة بالاداء والابراء تسقط بالطلاق أو بموت أحد الزوجين ويسقط دين الزكاة أيضاً بوفاة المدين أو هلاك المال وانما جوزت الكفالة في النفقة المقررة إستحساناً كما مر بيانه.

لكن لو قدر الحاكم النفقة وأذن الزوجة بالاستدانة واستدانت فتكون هذه النفقة التي استدانتها الزوجة ديناً صحيحاً على الزوج ولا يسقط عنه بغير الأداء أو الإبراء.

كذلك تصح الكفالة بالمال المغصوب والمال الذي أقرض إقراضاً فاسداً والأعيان الأخرى السائرة المضمونة بنفسها وعند المطالبة يكون الكفيل مجبوراً على إيفائه عيناً ان كانت موجودة أو بدلاً وإن استهلكت أو هلكت قبل الكفالة أو بعدها وبعبارة أخرى إذا كانت من المثليات عليه مثلها وان كانت من القيميات فعليه قيمتها للمكفول له. (الأنقروي في الفصل الثاني والدر المختار ورد المحتار في أول الكفالة). ويلزم بحسب ما جاء في المادتين (٨٩٠ و٨٩١) على الأصيل ضمان وإيفاء المال المغصوب والقرض الفاسد على هذا الوجه.

مثلاً لو كفل أحد بشاة غصبها أحد من آخر وذبحها تصح الكفالة على رأي أبي يوسف

ويضمن الكفيل قيمتها يوم غصبها من مكانها . وإلا فلا يضمن الشاة لأن حق المغصوب منه إنما يتعلق بعد هلاك المغصوب في عين المغصوب وليس في بدله أما رأي الإمام الأعظم رحمه الله تعالى أن الكفالة بشاة تستهلك على هذه الصورة غير جائزة لأنه يرى أن حق المغصوب منه بعد هلاك المغصوب منه يتعلق ببدله وليس بعينه وعلى ذلك فكفالة تلك الشاة على تلك الحال كفالة بما لا يلزم على الأصيل اداؤه فلذلك فالكفالة المذكورة غير صحيحة (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

مثلاً إذا تلف المال المغصوب بعد كفالته ولزمت قيمته واختلف الكفيل والمكفول له في مقدارها فان أقام المكفول له البينة فبها وإلا فالقول للكفيل (أنظر المادة ٧٦).

وإذا أقر الغاصب بزيادة فيجب أن يؤاخذ بها لكن ذلك الإقرار لا يسري على الكفيل المذكور (أنظر المادة ٧٨) وقد مر معنا في شرح المادة الآنفة ما يؤيد ذلك.

أما إذا حكم على الأصيل بالزيادة بعد استحلافه على القيمة المذكورة ونكوله عن اليمين ينظر فإذا كان إقرار الأصيل ودعواه أن قيمة المال المغصوب خمسمائة قرش وادعى المغصوب منه بأنها الف ونكل الأصيل عن اليمين لدى استحلافه لزم الأصيل الف والكفيل كما هو اقرار الأصيل خمسمائة.

وإذا ادعى المغصوب منه أن قيمة المغصوب الف وسكت الأصيل ولدى استحلافه نكل من اليمين فكما تلزم الأصيل الألف تلزم الكفيل أيضاً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).-

وكذلك تصح الكفالة بالمال المقبوض على سوم الشراء ان كان قد سمى ثمنه ويجبر الكفيل على إيفائه كما ذكر في الفقرة الآنفة لدى المطالبة عيناً أو بدلاً (مجمع الأنهر) ويكون مضموناً على الأصيل كما ذكر في الفقرة الأولى من المادة (٢٩٨).

وقوله في المجلة (ان كان قد سمى ثمنه) قيد احترازي لأنه إذا لم يسم ثمناً فلا يكون مضموناً على الأصيل كما هو معين في الفقرة الثانية من المادة (٢٩٨) وبما أنه داخل في الفقرة (ولا تصح كفالة المرهون . . . الخ) من هذه فلا تصح فيها الكفالة.

كذلك المال الذي يباع بيعاً فاسداً يكون مضموناً بنفسه على الأصيل ويلزم إيفاؤه عيناً أو بدلاً كما هو مذكور في المادة (٣٧١). فالكفالة به أيضاً صحيحة (الملتقى، مجمع الأنهر).

وأما الكفالة بعين المبيع أي ماليته قبل القبض فلا تصح لأن البيع لما كان ينفسخ بتلف المبيع في يد البائع كما هو مبين في المادة (٢٩٣) شرحاً ومتناً لا تكون عين المبيع مضمونة عليه بل إنما يلزم عليه رد ثمنه ان كان قد قبضه (عزمي زاده).

المبيع قبل القبض مضمون بغيره أي بثمن المبيع ويكون بعده مضموناً بنفسه. لأنه إذا كان مضموناً بنفسه أيضاً لزم أن يجتمع ضمانان لشيء واحد يخالف بعضهما بعضاً في ذمة واحدة وهذا ليس بجائز وكذلك لا تصح الكفالة بعين المال المرهون والمال المستعار والمأجور ومال المضاربة،

ومال الشركة، والوديعة، والمال المستأجر فيه وسائر الأمانات لكونها غير مضمونة على الأصيل بنفسها وان اكتسبت الامانات المذكورة بعد الكفالة صفة المضمونية فلا تنقلب الكفالة إلى الصحة.

مثلاً لو كفل أحد بالوديعة ذلك واكتسبت الوديعة باستهلاك الوديع إياها بعد ذلك صفة المضمونية على الوديع فلا تنقلب الكفالة السابقة إلى الصحة ولا يلزم الكفيل ضمان. (الأنقروي في الفصل الثاني من الكفالة).

والكفالة بالمستأجر فيه غير جائزة كما مر مثلاً لو أعطى أحد ثوباً إلى الخياط على أن يخيطه وكفل أحد بذلك الثوب فعلى رأي الإمام الأعظم رحمه الله لا تصح كفالته. لأن المستأجر فيه أمانة في يد الأجير أما هذه الكفالة على رأي الامامين رحمهما الله فهي صحيحة لأن المستأجر فيه في يد الأجير على رأيهما مضمون (الأنقروي في المحل المزبور) (أنظر شرح المادة ٦٠٧).

وقول المجلة (لكونها غير مضمونة على الأصيل) يراد به كما أشير في الشرح ألا تكون مضمونة بنفسها. لأن الأعيان تنقسم باعتبار أنها مضمونة أو غير مضمونة إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول - ما تكون مضمونة بنفسها على الأصيل بالقيمة والبدل كالمال المغصوب والمبيع الذي يقبض بطريق سوم الشراء ويسمى ثمنه أو بالبيع الفاسد وما يشبه ذلك من الأعيان التي يلزم بدلها عند الهلاك، ويلزم بمتقضى المادة (٨٩١) الغاصب ضمان بدل المال المغصوب عند التلف كما صار تقريره آنفاً (البحر، ورد المحتار).

القسم الثاني - ما كانت مضمونة على الأصيل بغيرها وبعبارة أخرى ما لا يلزم تأدية بدلها عند الهلاك بل يلزم شيء آخر كالمرهون والمبيع قبل القبض. مثلاً لو تلف المرهون في يد المرتهن بلا تعد ولا تقصير فلا يلزم المرتهن تأدية بدله ويسقط الدين الذي في مقابله كما ذكر مجملاً في شرح المادة (٤٠١).

وكما سيذكر مفصلاً في كتاب الرهن. وعليه فبما أن المرهون ليس مضموناً بنفسه وواجباً فلا يجب ضمانه على الكفيل. وقد اطلقه هنا فشمل ما إذا ضمن الرهن على المرتهن للراهن أو عكسه (البحر) وذلك كمال الشركة، ومال المضاربة، والعارية، والمأجور في يد المستأجر، والمال الذي يقبض بطريق سوم النظر المال الذي يقبض بطريق سوم الشراء ولم يسم له ثمن. فلا يجب في هذه على الكفيل ضمان لأنها ليست مضمونة عل الأصيل (البحر) وهنا يفهم مما تقدم من التفصيلات أن المرهون مضمون على الأصيل ولكن ليس بنفسه أي ببدله بل بغيره أي بالدين الذي يقابله.

لكن الكفالة فيها تكون مضافة إلى سبب الضمان أو معلقة ولكن لو قال الكفيل أنا كفيل لو أضاع المكفول عنه أو استهلكه أي (المرهون والمستعار والمأجور والأمانات السائرة) صحت هذه الكفالة معلقة كما سيوضح في شرح المادة(٦٣٦). لأنه لو استهلك الأمين الأمانة أو تلفت بصنعه تكون مضمونة عليه بمقتضى المادة(٧٨٧) وبذلك يمكن أن يجب الضمان على الكفيل. تصح الكفالة قبل القبض بتسلم المبيع إلى المشتري وبتسليم هؤلاء أي المرهون إلى الراهن والمستعار إلى المعير، والمأجور إلى الآجر والأمانات السائرة إلى اصحابها كفالة بالتسليم (أنظر المادة ٦٤١). وعند مطالبة

المكفول له لو لم يكن لذوي اليد حق حبسها من جهة يكون الكفيل مجبراً على تسليمها.

فعليه كما يلزم رد المستعار على ما جاء في المادتين (٨٢٥و ٨٣٠) وتسليمه إلى أصحابه يلزم رد المرهون كذلك بعد تخليصه على وجه شرعي إلى صاحبه وتسليمه إليه كما يقتضي تسليم الوديعة على ما جاء في المادة(٧٩٤) أيضاً وتسليم المأجور على ما جاء في المادتين (٥٩٣و ٥٩٤). (البحر).

وليست الكفالة بالتسليم مختصة بهؤلاء. وتصح في الأعيان المضمونة بنفسها ايضاً مثلاً لو غصب أحد مالاً لآخر وكفل أحد بأخذ المال المغصوب من الغاصب وتسليمه إلى المغصوب منه صحت الكفالة ويجبر الكفيل على تسليم المال إلى المغصوب منه على ما جاء في المادة(٨٩٠). ولو رد رجع عليه بأجر مثل عمله إذا الكفيل يأمر يرجع بما ضمن وشمل عمله أجر عمله ولو أخذ به وكيلاً لا يجبر على رده لتبرعه بخلاف الكفيل، (تعليقات ابن عابدين على البحر).

وجاء في المجلة (لو لم يكن لهم حق حبسها) لأنه لو لم يؤد ثمن المبيع مثلاً فللبائع بناء على المادة(٢٧٨) حبس المبيع كما أنه للمرتهن إمساك المرهون بناء على المادة (٧٢٩) إذا لم يؤد الدين فكما أنه لا يلزم الأصيل تسليمهما قبل أداء الثمن والدين فلا يلزم الكفيل ذلك كما أنه إذا كان للمستأجر بناء على الفقرة الخامسة من المادة(٥٩٠) حق حبس المأجور فلا يطالب الكفيل بتسليمه حينئذ.

إلا أنه كما كان في الكفالة بالنفس على ما هو مبين في المادة (٦٦٦) يبرأ الكفيل بوفاة المكفول به كذلك لو تلفت هذه المذكورات أي المبيع والمرهون والمستعار والأمانات السائرة قبل القبض انفسخت هذه الكفالة بالتسليم ولا يلزم الكفيل شيء.

مثلاً لو تلف المبيع أو المرهون أو المأجور قبل القبض فلا يترتب عل الكفيل شيء أصلاً أي أنه لو اشترى أحد مالاً من آخر ولدى اعطائه الثمن ولما يقبض المبيع وكفل له شخص بتسليمه المبيع المذكور وتلف المبيع في يد البائع فلا تلزم الكفيل قيمة المبيع ولا يلزمه إعادة الثمن المقبوض إلى المشتري لأنه ليس للكفيل كفالة بهؤلاء أما لزوم البائع رد الثمن فقد صرحت به هذه المادة.

لو رهن أحد مالاً في مقابل دينه عند آخر وسلمه إياه وبعد أن اوفى دينه والمرهون لم يزل في يد المرتهن كفل تسليم ذلك الرهن وتلف الرهن بعد ذلك قبل التسليم فلا يلزم الكفيل شيء. . غير أنه يلزم المرتهن كما سيبين في شرح كتاب الرهن- رد ما قبض من الدين الى الراهن لسقوط الدين الذي في مقابل الرهن (التاتارخانية في الفصل الواحد والعشرين).

كذلك لو كفل أحد بالأجرة وكانت عيناً وتلفت تلك الأجرة بعد ذلك قبل التسليم في يد المستأجر برئ الكفيل من الكفالة. أما المستأجر فيلزمه أجر المثل، (الهندية في الباب الرابع والعشرين من الإجارة).

وفي فقرة (إلا أنه كما كان في الكفالة بالنفس يبرأ الكفيل لوفاة المكفول به) استطراد وبما أن المقصود بالذات هي مسألة (كذلك لو تلفت هذه المذكورات. . . الخ) فلا تعد الفقرة الثانية من المادة (٦٦٦) **مستدركة**.

فائدة: لو كفل أحد بثمر النخيل وهو أخضر وحكم على الأصيل بقيمة الثمر بمرور زمن الثمر الأخضر فتبقى كفالة الكفيل على الثمر الأخضر أيضاً ولا تتحول إلى القيمة لأنه لا يوجد سبب يوجب تحويلها إلى القيمة.

وإذا أخذت القيمة من الأصيل برأت ذمة الكفيل ومتى أدى الكفيل الثمر الأخضر فله الرجوع على الأصيل هذا إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل (الهندية في مسائل شتى من الكفالة)

لاحقة- في شروط أخرى تتعلق بالمكفول به.

يشترط في الكفالة كون المكفول به مقدور التسليم والإستحصال عليه من الكفيل ممكناً. فعدم جواز الكفالة بالقصاص مبني على ذلك (مجمع الأنهر) أنظر المادة الآتية.

كذلك لا تصح الكفالة بنفس الميت أو الغائب الذي لا يعرف له محل (البزازية) أنظر شرح المادة(٦٣٠).

كذلك ضمان الخلاص باطل أيضاً. إذا كفل أحد بخلاص المبيع من المستحق إذا ظهر وتسليمه إلى المشتري فلا تصح الكفالة لأن المستحق إذا لم يجز البيع فلا يقتدر الكفيل على القيام بكفالته أما إذا كفل برد ثمن المبيع إذا لم يمكن تخليصه من المستحق فتصح الكفالة «الهندية في مسائل شتى من الكفالة».

كذلك لا تصح الكفالة بحمل دابة معينة استكريت للتحميل. مثلاً لو استكرى أحد دابة معينة من آخر ليحمل عليها حملاً معلوماً إلى المحل الفلاني وكفل أحد بنقل ذلك الحمل على تلك الدابة فلا تصح كفالته لأن المعقود عليه حمل الدابة المعينة التي هي ملك للغير. وعليه فكما أن الكفيل يكون عاجزاً عن تسليمها فلو سلم دابة أخرى من عنده ونقلت الحمل فلا يكون لها أجرة لأنها لم تكن معقوداً عليها أما إذا لم تكن الدابة المأجورة معينة فالكفالة صحيحة وينقل الكفيل الحمل على دابته لأن مطلق الحمل المكلف به المؤجر مما يقتدر عليه الكفيل أنظر المادة(٥٤١) وإذا نقل الكفيل الحمل وكان كفيلاً بالأمر يرجع على المكاري بأجر المثل يوم الضمان أي يوم نقل الحمل.

كذلك لو كفل أحد ببيع مال المدين الفلاني وأداء الدين من ثمنه فالكفالة صحيحة ولا يطالب الكفيل. والحكم في الحوالة على هذا الوجه أيضاً أنظر شرح المادة(٦٩٦) علي أفندي في الكفالة).

كذلك لو تعهد الأجير بشيء كالبناء مثلاً وأعطى كفيلاً بنفس العمل إلى المستأجر وكانت المقاولة مطلقة على ما جاء في المادة (٥٧٢) صحت الكفالة.

وإذا أوفى الكفيل المكفول به على هذه الصورة أخذ أجر المثل من المكفول عنه بالغاً ما بلغ إذا كانت الكفالة بأمره. أما إذا اشترط أن العمل المؤجر بنفسه فلا تجوز الكفالة بنفس العمل على هذه الصورة. ومع ذلك فتجوز الكفالة بنفس المؤجر، (رد المحتار والهندية في الباب الرابع والعشرين من الإجارة)

﴿المادة ٦٣٢﴾ لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية ولكن تصح الكفالة بالإرش والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل.

لا تجوز النيابة في العقوبات ولا تجري فيها «الدر المنتقى» أي أنه لا يجوز إنزال العقاب بأحد نيابة عن غيره لأن الغرض من العقوبة الزجر فإذا صح إنزال العقوبة بالمنوب عنه فلا يحصل الزجر المطلوب للفاعل (الكفالة).

وقد أورد صاحب العناية على هذا الدليل التشكيك الآتي: إن المقصود من الزجر إما زجر الجاني وهذا قائم على فكرة مجازاة الجاني حتى ينزجر فلا يعود إلى مثلها. وهذا الغرض يتوفر في غير القصاص لكن لا يكون حصول هذا الغرض قطعياً إذ في بعض الأحيان لا يحصل فكثيراً ما نشاهد الجناة المنهمكين يعاودون الجنايات المرة بعد المرة وهم يشاهدون من يعاقبون على فعلهم هذا. أما في القصاص فبما أنه لا يتصور معاودة الجاني الجرم بعد نزول العقاب به فلذلك لا يتصور حصول زجر الجاني بعقاب غيره كما مر.

وإما أن يكون الغرض منه زجر غير الجاني وهذا أيضاً يحصل بإقامة العقوبة على غير الجاني أيضاً فعليه يجب أن لا يستدل على عدم جواز النيابة في العقوبة بالادلة التي مر ذكرها بل يستدل عليها بالإجماع لأنه لم يقل أحد من العلماء بجواز العقوبة نيابة ولم يخالف أحدهم القول بعدم جريان النيابة في العقوبات فبما أن هذا التشكيك تشكيك بالمسلمات فليس مسموعاً. انتهى..

غير أن تشكيك صاحب العناية هذا موضع للسؤال: لأن اقامة العقوبة على نائب الجاني يستلزم انفتاح باب الجنايات والجرائم على مصراعيه إذ أن الأغنياء إذا جنوا جناية أو أوقعوا جرماً، اتخذوا لهم من الفقراء نواباً يحملون دونهم جزاء ما جنوا وبذلك لا يبقى أثر لإقامة الحدود في الجنايات أما معاودة المنهمكين الجرم بعد إنزال العقوبة بهم فهذا شيء نادر الوقوع ولذلك لا تكون هذه المعاودة سبباً صالحاً للإجتهاد بتجويز معاقبة نائب المجرم إذ أنه إذا عاود المجرم وارتكب جرمه يمنع من ارتكابه بزيادة العقوبة على أن ضرر معاودة المجرم على جرمه أقل من ضرر انفتاح باب الجنايات.

فعليه لا تصح الكفالة بنفس القصاص والقود وسائر العقوبات والمجازاة الشخصية لأنه لا يمكن شرعاً استيفاؤها من الكفيل وقد بين في شرح المادة السابقة أنه يشترط في المكفول به أن يكون مقدور التسليم.

ولكن تصح الكفالة بنفس الشخص الظنين في المجازاة التي للعباد فيها حق على أنها كفالة نفسية وبالأرش[1] والدية اللذين يلزمان الجارح والقاتل خطأ على أنها كفالة مالية (التنوير والدر

(١) الأرش، يطلق على دية العضو أما الدية بكسر الدال وفتح الياء وتخفيفها المال الذي هو بدل النفس وبدل جرح الأعضاء بما هو دون النفس وعلى ذلك فهنا يوجد عطف العام على الخاص.

المختار) .

كذلك لو قتل أحد آخر قتلاً موجباً قصاص القتل وتصالح القاتل مع ورثة المقتول عن القصاص بكذا قرشاً وكفل أحد ببدل الصلح صحت كفالته (النتيجة).

﴿المادة ٦٣٣﴾ لا يشترط يسار المكفول عنه وتصح الكفالة عن المفلس أيضاً.

لا يشترط في صحة الكفالة المالية يسار المكفول عنه فعليه كما تصح الكفالة بدين عن غير المفلس تصح الكفالة بدين عن المفلس أيضاً سواء أكان الكفيل وارثاً للأصيل أو أجنبياً.

والمفلس هنا هو من ليس له مال في مقابل دينه ولا كفيل بأداء ذلك الدين أو رهن في مقابله. وليس المعنى المذكور في المادة (٩٩٩) مقصوداً هنا (رد المحتار)

وليكن معلوماً أن للمفلس اعتبارين:

الإعتبار الأول- كون المفلس في قيد الحياة وكفالة المفلس الذي يكون في قيد الحياة صحيحة بالإتفاق. لأن الدين يتعلق بذمة المدين الحي وعلى ذلك يبقى الدين في ذمته وإن أفلس، مثلاً لو طرأ على أحد افلاس وليس له مال مطلقاً وكفل أحد بالدين الذي عليه صحت الكفالة واصبح الكفيل مطالباً ولو لم يكفله أحد في حال يساره لم يكن له رهن.

الإعتبار الثاني- كون المفلس قد توفي. لو توفي أحد مديناً ولم يترك مالاً ولا كفيلاً بدينه ولا رهناً عليه وكفل أحد بعد وفاته بما عليه من الدين فقد اختلف الأئمة في جواز هذه الكفالة وعدمه. فالكفالة هذه غير جائزة عند ابي حنيفة وباطلة. لأن المفلس إذا لم يترك مالاً أو رهناً أو كفيلاً فيكون الكفيل قد كفل بدين ساقط بضرورة أحكام الدنيا والكفالة بدين ساقط لا تجوز والواقع أنه وإن جاز أن يتبرع أحد بوفاء دين من يتوفى مفلساً على هذه الصورة فجواز تبرع كهذا محمول على كون الدين باقياً في ذمة الدائن (مجمع الأنهر) وقد أفتى مشائخ الإسلام بقول الإمام الأعظم رحمه الله (علي أفندي) وإذا ظهر مقدار من المال للمفلس فتكون الكفالة صحيحة في ذلك المقدار وتكون غير صحيحة في ما عداه. إلا اذا كان الدين لاحقاً بعد موت المفلس فتصح الكفالة به مثلاً لو حفر الميت المفلس في حال حياته بئراً في الطريق العام بلا أمر ولي الأمر وتلف شيء بسبب ذلك لزمه الضمان. لأن الدين يثبت مستنداً على حفر البئر أي من وقت السبب وكانت ذمة المفلس في الوقت المذكور موجودة (الدر المختار)

المستند يثبت أولاً في الحال ثم يستند فوجب القول بصحة الضمان لعدم المانع (عبد الحليم) وقيد بالكفالة بعد موته لأنه لو كفل في حياته ثم مات مفلساً لم تبطل الكفالة وكذا لو كان به رهن ثم مات مفلساً لا يبطل الرهن لأن سقوط الدين عنه في أحكام الدنيا في حقه للضرورة فتقدر بقدرها فابقيناه في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة (البحر).

أما الإمامان رحمهما الله تعالى فقد ذهبا إلى أنه تصح كفالة المفلس الميت لما روي أن رسول الله ﷺ أتى بجنازة رجل من الأنصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة وقال صلوا على أخيكم فقام أبو قتادة فقال هما علي يا رسول الله فصلى عليه ولأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يطالب به في أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح ولذا يبقى إذا كان به كفيل (البحر).

والواقع أنه كان القول المفتى به في الميت المفلس إلى أن نشرت المجلة قول الإمام الأعظم رحمه الله تعالى. ولكن قد يقال ان المجلة قد اختارت في هذه المادة قول الإمامين لقولها بصحة الكفالة بالمفلس مطلقاً بدون تقيد بالحي أو الميت.



الباب الثاني

في بيان أحكام الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول
وقد ذكرت فيما يلي خلاصة مسائل هذا الباب المهمة.

خلاصة الباب الثاني

أحكام الكفالة

١

١ – حكم الكفالة مطالبة المكفول له الكفيل بالمكفول به.

٢ – ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها وترتب الدين في ذمة المدين إذا لم يكن مخيراً خيار شرط أو خيار رهن.

٣ – المكفول به مضمون وللمكفول له إن شاء مطالبة الكفيل وإن شاء مطالبة الأصيل. إلا في المسألتين الآتيتين:

(١) إذا اشترط في الكفالة براءة الأصيل فليس للمكفول له مراجعته.
(٢) إذا أقر الكفيل بالدين وأنكره الأصيل وحلف فلا يطالب الأصيل بل يطالب الكفيل لأنه قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل.

٤ – الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة.

٥ – الكفيل الذي يؤدي الدين له أن يراجع الأصيل إذا كانت كفالته بالأمر.

٢

الكفالة المطلقة – يجب الدين على الكفيل بالكيفية والصفة التي يجب بها على الأصيل لأن الفرع تابع للأصل.

الكفالة المقيدة – يعتبر فيها القيد والفرع يتبع الأصل في الوصف. وإذا اختلف في القيد فالقول مع اليمين للكفيل.

الكفالة المعلقة – إذا تحقق الشرط الملائم المعلق عليه في الكفالة المعلقة طولب الكفيل وإلا فلا. راجع خلاصة الباب الأول.

والكفالة المعلقة على شرط غير ملائم باطلة لأن الكفالة ابتداء كالنذر وانتهاء كالبيع.

ولاقتضاء مشابهتها النذر تعليقها بأي نوع للشرط واقتضاء مشابهتها البيع عدم جواز تعليقها بشرط فقد نظر الفقهاء إليها من كلتا الجهتين فقالوا مشابهتها البيع بعدم جواز تعليقها بشرط غير ملائم ومشابهتها النذر بتعليقها بشرط ملائم.

ويلزم لتحقق الشرط تحقق القيد والوصف.

الكفالة المضافة – لا يطالب الكفيل في الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل ما لم يحل الزمن المضاف إليه.

الكفالة المشروطة – (١) الكفالة بالشرط الصحيح، (٢) الكفالة بالشرط الفاسد. وإدخال الشرط الفاسد في الكفالة لا يبطلها.

الكفالة النفسية – عبارة عن إحضار المكفول به.

الكفالة المؤقتة – لا يكون الكفيل مسؤولاً إلا في مدة الكفالة.

الكفالة بالدرك – لا يؤاخذ الكفيل ما لم يثبت المستحق أن المبيع له ويحكم بلزوم البائع الثمن إلى المشتري.

الكفالة المالية – إذا كفل مدينان مشتركان في دين بعضهما بعضاً طولب كل منهما بجميع الدين وترجح في تأدية الديون المتساوية سبباً وصفة جهة الأصالة على جهة الكفالة وفي تأدية غير المتساوية يقبل قول المؤدي.

إذا تكفل المستودع بتأدية الدين المودع صح ويجبر على أدائه.

الكفالة بالتسليم – القول في كيفية تسليم المكفول به للمكفول له مع اليمين للورثة ويجب على الورثة عد وفاة الكفيل تسليم المكفول به.

الكفالة المؤجلة إذا أدى الكفيل الدين المؤجل حالاً فله الرجوع على الأصيل عند انتهاء بعض الأجل. ولكن إليك بعد المستثنيات:

١ – إذا أبرأ الكفيل قبل أداء الدين الأصيل من الدين ووهبه إياه فليس له حق الرجوع عليه بعد.

٢ - إذا أبرأ الطالب الكفيل براءة إسقاط لا براءة إستيفاء فليس للكفيل حق الرجوع على الأصيل.

٣ - إذا أنكر الطالب تأدية الكفيل الدين وأداه إياه مرة ثانية بعد حلف اليمين فليس للكفيل الرجوع على الأصيل بهذه التأدية الثانية.

٤ - إذا ادعى الكفيل بتأدية الدين إلى الطالب وصدقه المكفول عنه وأنكر الطالب واستوفاه من المكفول عنه بحلف اليمين فليس للكفيل الرجوع على المكفول عنه.

الكفالة المعجلة - تثبت بها المطالبة في الحال.

الفصل الأول

في بيان حكم الكفالة المنجزة والمعلقة والمضافة والكفالة المشروطة بالشرط الصحيح والكفالة المشروطة بالشرط الفاسد.

ليكون معلوماً أن الكفالة قد تكون مشروطة أيضاً لأن الكفالة التي تقع على شرط متعارف صحيحة والشرط معتبر. ولم تبحث المجلة في هذه الكفالة مثلاً لو قال أحد لآخر «إنني أضمن دينك الذي لك على فلان بشرط أن أحولك به على الشخص الفلاني» صحت الكفالة فتجوز الكفالة فيما لو حول الكفيل ذلك الدائن على ذلك الرجل الذي شرط الحوالة عليه وقبل المحول عليه ذلك حتى أنه يكون الكفيل مطالباً ولو لم يقبل ذلك الرجل الحوالة كما يطالب بها لو توفي الرجل ولم يمكن إجراء الحوالة. أما إذا لم يقبل المكفول له الحوالة برئ الكفيل من الضمان «الدر المختار، رد المحتار، قبيل القضاء والهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من البيوع».

وفي الحوالة بهذا الشرط جهتان تقتضيان التأمل:

أولهما: قبول المكفول له الحوالة. ويعتبر هذا الشرط لأنه قابل التنفيذ.

ثانيهما: قبول الرجل الذي سيحال عليه، فهذا الشرط الذي يصير إيراده بين الكفيل والدائن ليس قابلاً التنفيذ لأنه شرط فوق استطاعة كل من الدائن والكفيل فعليه يكون الشرط لغواً والكفالة صحيحة.

والكفالة التي تقع على شرط غير متعارف تكون صحيحة والشرط باطل وبعبارة أخرى إدخال شرط فاسد في الكفالة لا يخل بها (أنظر شرح المادة ٨٢، الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

مثلاً لو كفل أحد بدين فلان على فلان بشرط أن يكفل به فلان وفلان أيضاً صحت كفالته أي أن ذلك الشخص لا يكون مخيراً في ترك الكفالة إذا امتنع فلان وفلان المذكوران عن الكفالة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس والبزازية في البيع بشرط) ولما كان إجراء هذا الشرط والقيام به ليس في استطاعة الكفيل الأول والمكفول له أصبح لا حكم له.

﴿المادة ٦٣٤﴾ حكم الكفالة المطالبة يعني للمكفول لـه حق مطالبـة المكفول به من الكفيل.

لأن المطالبة هي الأثر الذي يترتب على الكفالة والحكم بمعنى الأثر المترتب.

أي أن حكم الكفالة أن يكون للمكفول له حق مطالبة المكفول به من الكفيل سواء أكان للمكفول له مطالبة المكفول به من الأصيل أو لم يكن أو كانت الكفالة منجزة أو معلقة أو مضافة أو كان المكفول به نفساً كما في الكفالة بالنفس أو كان مال عين مضموناً بعينه أو مال دين كما في الكفالة بالمال أو تسليماً كما في الكفالة بالتسليم (التنوير، الدر المختار، رد المحتار).

ونظراً لأنه يحتاج في ترتب الكفالة المنجزة والكفالة المعلقة أو المضافة إلى تفصيل فقد أفرد لكل منها مادة من المواد الآتية ويطالب المكفول له الكفيل وفي الكفالة المعجلة أو المنجزة حالاً وفي المؤجلة عند حلول الأجل وفي الكفالة المعلقة عند تحقق الشرط وفي المضافة عند حلول الزمن الذي أضيفت إليه.

حق المطالبة - يستفاد من ورودها مطلقة أنه إذا طالب صاحب الدين أحداً من الأصيل والكفيل به لا يبرأ الآخر ما لم يستوف الدين حقيقة فعليه فكما أن للمكفول له بعد مطالبة الأصيل بالدين أن يطالب به الكفيل ولا يسقط حقه في مطالبة الكفيل إذا طالب الأصيل، ولا يقال إنه لا حق له في مطالبة الكفيل لمطالبة الأصيل أولاً (رد المحتار) وذلك بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب.

﴿المادة ٦٣٥﴾ يطالب الكفيل في الكفالة المنجزة حالاً إن كان الدين معجلاً في حق الأصيل وعند ختام المدة المعينة إن كان مؤجلاً فلو قال أحد أنا كفيل عن دين فلان فللدائن أن يطالب الكفيل في الحال إن كان معجلاً وعند ختام مدته إن كان مؤجلاً.

أي يجب الدين على الكفيل في الكفالة المنجزة كما ذكر في المادة (٦٥٢) إذا كانت مطلقة أي كفالة مرسلة بالصفة التي تجب على الأصيل أي يطالب الكفيل بالمكفول به في الكفالة المنجزة حالاً إن كان الدين معجلاً في حق الأصيل وعند ختام المدة عند انتهاء الأجل إن كان مؤجلاً (الأنقروي في مسائل شتى من الكفالة).

وإذا كان مقدار منه معجلاً ومقدار منه مؤجلاً في حق الأصيل طولب الكفيل حالاً بالمقدار المعجل وعند انتهاء الأجل بالمقدار المؤجل لأن ذمة الكفيل تابعة لذمة المكفول عنه. ويتبع التابع في الوجود لشيء ذلك الشيء في الحكم كما ذكر في المادة (٤٧) من المجلة. ويطالب الأصيل أيضاً على ذلك الوجه كما بين في المادة (٦٤٤) أما إذا كانت الكفالة المذكورة مقيدة فسيأتي حكمها في المادة (٦٤٣).

مثلاً لو قال أحد أنا كفيل عن دين فلان أي لو كفل على هذه الصورة كفالة مطلقة أي

مرسلة فللدائن أن يطالب الكفيل وكذا الأصيل في الحال إن كان الدين معجلاً في حق الأصيل وعند ختام الأجل إن كان مؤجلاً.

وقيد (المنجزة) في المجلة ليس احترازياً. لأنه يجري حكم هذه المادة في الكفالة المعلقة أو المضافة عند كسب الكفالة المعلقة يتحقق الشرط والكفالة المضافة بحلول الزمن المضاف إليه حال الكفالة المنجزة كما سيأتي في المادة الآتية. وعدم ذكر المجلة ذلك على حدة مبني على دخوله في هذه المادة لأن الكفالة المعلقة مثلاً إذا تحقق الشرط تصبح منجزة. وبما أن مفهوم هذه المادة والمادة (٦٥٢) واحد فلا فرق بينهما وربما كانت المادة (٦٥٦) أشمل من هذه لعدم قيدها بالمنجزة.

﴿المادة ٦٣٦﴾ أما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط أو مضافة إلى زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط ويحل الزمان مثلاً لو قال إن لم يعطك فلان مطلوبك فأنا كفيل بأدائه تنعقد الكفالة مشروطة ويكون الكفيل مطالباً إن لم يعطه فلان المذكور ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل وكذا لو قال إن سرق فلان مالك فأنا ضامن تصح الكفالة فإذا أثبتت سرقة ذلك الرجل يطالب الكفيل وكذا لو كفل على أنه متى طالبه المكفول له فله مهلة كذا يوماً فمن وقت مطالبة المكفول له تعطى مهلة للكفيل إلى مضي تلك الأيام وبعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل في أي وقت شاء وليس للكفيل أن يطلب ثانياً مهلة كذا يوماً وكذا لو قال أنا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين أو بالمبلغ الذي تقرضه فلاناً أو بما يغصبه منك فلان أو بثمن ما تبيعه لفلان فلا يطالب الكفيل إلَّا عند تحقق هذه الأحوال أي عند ثبوت الدين والإقراض وتحقق الغصب وبيع المال وتسليمه وكذا لو قال أنا كفيل بنفس فلان على أن أحضره في اليوم الفلاني لا يطالب الكفيل بإحضار المكفول به قبل ذلك اليوم.

أما في الكفالة التي انعقدت معلقة بشرط متعارف وملائم للكفالة أو مضافة إلى زمان مستقبل فلا يطالب الكفيل ما لم يتحقق الشرط المعلق عليه أو يحل الزمن المستقبل المضاف إليه.

فإذا تحقق الشرط وحل الزمن المستقبل يطالب الكفيل على ما جاء في المادة السابقة. كما قد بين في المادة (٦٥١). (أنظر المادة ٨٢ وشرحها).

وفي هذه المادة صراحة وضمناً أربعة أحكام:

الحكم الأول - لا يطالب الكفيل في الكفالة المنعقدة والمعلقة على شرط إذا لم يتحقق الشرط ويستفاد هذا الحكم من هذه المادة ومن المادة (٦٥١) صراحة. لأن الفقرة الثانية من المادة المذكورة

تقول (لا يترتب شيء. . .).

الحكم الثاني - يطالب الكفيل في الكفالة المنعقدة والمعلقة على شرط إذا تحقق ذلك الشرط. ويستفاد هذا الحكم من هذه المادة ضمناً ومن المادة (٦٥١) صراحة.

الحكم الرابع - إذا حل الزمان المستقبل الذي انعقدت الكفالة مضافة إليه طولب الكفيل بالكفالة.

وسيشار في الأمثلة الآتية إلى الحكم الذي تتفرع عنه هذه الأحكام الأربعة فيشار إلى ما يتفرع منها عن الحكم الأول برقم (١) وإلى ما يتفرع منها عن الحكم الثاني برقم (٢).

(١) مثلاً لو كفل أحد بنفس آخر وبدينه إذا غاب فلا يلزم الكفيل بمقتضى هذه الكفالة دينه وهو حاضر أي إذا لم يغب. (علي أفندي في تعليق الكفالة بالشرط).

(١) لو قال أحد لآخر (إن فلاناً قد كفل لي عن فلان بما لي عليه من الدين فأكفل به أيضاً) وقال ذلك الرجل إن كفل فلان فأنا أكفل أيضاً فلا يكون ذلك الرجل بالقول كفيلاً أما إذا كفل الرجل بالدين فتصح الكفالة بناء على المادة (٦٢٤) على هذا الوجه (علي أفندي).

(١) لو قال أحد لآخر إذا أتاك فلان وأقر لك بدين فأنا كفيل به وجاء ذلك ولم يقر بدين فلا يلزم ذلك الشخص شيء (الفيضية في الكفالة).

كذلك إذا لم يقر ذلك الشخص بالدين ولكن الدائن أثبت دينه بشهود أو نكول المدعى عليه عن اليمين المتوجهة عليه فلا يلزم ذلك الشخص شيء أيضاً كما هو الظاهر.

والمقصود بالشرط كما هو مذكور في شرح المادة أيضاً هو الشرط الملائم. والشرط الملائم هو ما وافق الكفالة وينحصر في ثلاثة أنواع:

النوع الأول - الشرط الذي يكون سبباً في لزوم الأصيل إيفاء المكفول به. ففي كفالة الأمانات، الكفالة بالإستهلاك والإنكار وفي كفالة الوديعة ووفاة الوديع مجهلاً الوديعة وفي كفالة ثمن المبيع حين عقد البيع وفي الكفالة بالمال وغصب المال وفي الكفالة بالمبيع وضبطه بالإستحقاق وفي الكفالة بالدين المؤجل والتعليق على حلول الأجل.

مثلاً لو قال أحد لآخر إذا استهلك الوديع وديعتك أو أنكرها أو توفي مجهلاً إياها فأنا كفيل بتلك الوديعة أو قال إذا بعت الشيء الفلاني فأنا كفيل بثمنه أو إذا غصب فلان مالك فأنا ضامن به أو قال إذا ضبط المبيع من يدك بالإستحقاق فأنا كفيل به أو أنا كفيل بثمن المبيع أو إذا حل أجل دينك على فلان فأنا كفيل به لأن استهلاك أو إنكار الأمانة وكذا وفاة الوديع مجهلاً يسبب لزوم الضمان (الأنقروي في الفصل السابع). أنظر المادتين (٧٨٧ و٨٠١).

كذلك السبب في لزوم الثمن وعقد البيع بمقتضى المادة (٣٦٩) ولزوم الضمان هو بالغصب

بمقتضى المادتين (٨٩٠ و٨٩١) ولزوم رد البائع الثمن إلى المشتري عند ضبط المبيع منه بالإستحقاق هو بالضبط (رد المحتار).

والسبب في لزوم الأصيل أداء المكفول به في فقرة (وكذا لو قال إن سرق فلان مالك. . .) هو الشرط.

النوع الثاني - هو الشرط الذي يوجب بسهولة أخذ المكفول به من المكفول عنه في حق الكفيل لتعليق الكفالة على مجيء المكفول عنه أو المضارب أو الوديع أو الغاصب من مكان آخر لأن ذلك سبب موصل لاستيفاء المكفول به منه (رد المحتار) أي أن الكفيل في هذه الحال يأخذ المكفول به من المكفول عنه أو من المضارب أو من الوديعَ ويعطيه إلى المكفول له.

كأن يقول أحد لآخر إذا حضر مدينك أو مضارب ذلك المدين أو وديعه أو غاصبه فأنا كفيل بدينك لأنه متى حضر مضارب المكفول عنه من غيبته أمكنه أخذ المكفول به منه وتسليمه إلى المكفول له أي إذا حضر مضارب المكفول عنه من مكان آخر أمكن الكفيل أن يأخذ ما بيده من مال المضاربة للمكفول عنه وبذلك يسهل عليه إعطاء المكفول به إلى المكفول له على الوجه المشروح. ويفهم من هذا أن قولهم وحضور فلان يكون في الجملة لازماً ووسيلة للأداء لكن لا يلزم أن يكون ذلك الشخص أصيلاً على أنه إذا كان أجنبياً من كل وجه وعلقت الكفالة على قدومه فليست صحيحة (رد المحتار ومثله في الفصل الرابع من الأنقروي) كما سيوضح ذلك في آخر شرح هذه المادة.

النوع الثالث - الشرط الذي يوجب تعذر استيفاء المكفول به ويجعله متعسراً وأمثلة ذلك كثيرة كتعليق الكفالة على غياب المدين - أي على ذهابه إلى مكان آخر - أو على وفاته مفلساً أو على عدم أدائه الدين أو على عجزه عن أيفاء الدين (رد المحتار).

كما لو قال أحد لآخر «إذا غاب مدينك قبل أداء الدين أو إذا مات فأنا كفيل به» أو قال أحد لآخر «إذا تلف دينك الذي على فلان فأنا ضامن».

كذلك لو قال إذا أصبح مدينك عاجزاً عن أداء الدين فليكن الدين عليَّ صح.

ويتحقق عجز المدين بحبسه مدة لاستيفاء الدين إذ يمكن أن يقال (لو كان المدين قادراً على تأدية الدين ما كان يتحمل حبس هذه المدة ولكان أدى الدين). وحينئذٍ يلزم ضمان الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

ومثال المجلة الأول المشار إليه برقم (٢) الآتي شرحاً هو من النوع الثالث. وتعليق الكفالة على شرط من هذه الأنواع الثلاثة صحيح ومتى وقع الشرط المعلق عليه طولب الكفيل أما قبل ذلك فلا:

(٢) مثلاً لو قال أحد لآخر إذا لم يعطك فلان مطلوبك لدى المطالبة فأنا كفيل بادائه تنعقد

الكفالة مشروطة معلقة ويكون الكفيل مطالباً إن لم يعطه فلان المذكور أي إذا قال لا أعطي أو قال أعطي ومضت مدة دون أن يعطي وهو يماطل طولب الكفيل به وبعبارة أخرى يثبت للمكفول له حق مطالبة الكفيل بالدين كما أن له بمقتضى المادة (٦٤٤) حق مطالبة الأصيل به أيضاً.

(١) ولا يطالب الكفيل قبل المطالبة من الأصيل أي أنه إذا لم يطالب الأصيل ويتحقق من عدم إعطائه المعلق عليه تكون الكفالة معدومة حتى أنه إذا توفي الأصيل قبل الطلب تبطل الكفالة لعدم إمكان تحقق المعلق عليه (رد المحتار في الكفالة).

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر أنا كفيل اليوم بثمن كل ما تبيعه من فلان وباع ذلك الشخص منه مالين لزمه أداء ثمن المالين (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

كذلك لو قال أحد «لو أقر فلان بدين لفلان فأنا ضامن»، وبعد ذلك لو أقر ذلك الرجل لذلك الشخص بألف قرش طولب الكفيل بها ولا حاجة في إثبات هذا الدين إلى أمر آخر وسواء أكان الإقرار في حياة الكفيل أو بعد مماته وإذا كان بعد وفاته يستوفى المقر به من تركته.

(١) أما إذا أقيمت البينة على أن الإقرار حصل قبل الكفالة فلا يلزم الكفيل شيء كما لو ادعى ذلك الشخص على ذلك الرجل بمبلغ وأنكره ذلك الشخص ولدى استحلافه اليمين نكل عنها ومع أنه لا يعد ذلك النكول إقراراً لا يطالب الكفيل أيضاً بالمبلغ لأن النكول عند الإمام بذل (الأنقروي في الفصل الأول، والبزازية، والهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

(٢) كذلك لو كفل أحد قائلاً أكفل نفس فلان على أن أسلمه اليوم وإذا لم أسلمه فما يقر به عليَّ وأقر ذلك الشخص المكفول عنه بألف قرش ديناً كان الكفيل مطالباً بما أقر. إلا أنه إذا لم يقر الأصيل في صورة الإضافة إلى الإقرار وأثبت الدائن الدين بالبينة فهل يلزم الكفيل شيء ما؟ لا يلزمه شيء كما هو الظاهر.

أما لو كفل أحد نفساً آخر على أن يسلمه لأحد الناس غداً وإن لم يسلمه في الغد فما يدعى به الطالب عليه وفي الغد لم يسلمه إليه وادعى الطالب بألف قرش مثلاً وأنكر معها الكفيل مع إقرار ذلك الرجل بها فالقول للكفيل على عدم العلم مع اليمين. (البزازية، والهندية).

إذا نكل الكفيل عن اليمين فيلزمه الضمان وإذا أقام الطالب البينة على الدين لزم الكفيل الضمان أيضاً.

الفرق بين التعليق بالاقرار والتعليق بالدعوى:

بما أن الكفالة في مسألة الإقرار مضافة من كل وجه إلى سبب وجوب المال جاز هذا التعليق بناء على التعامل، أما الكفالة في مسألة الدعوى فهي مضافة من وجه إلى سبب الوجوب فالدعوى وان كانت سبباً للوجوب في حق المدعي فهي ليست كذلك في حق المدعى عليه. ومن جهة أخرى لا يوجد تعامل باضافة الكفالة إلى سبب الوجوب (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر (إذا توفي مدينك قبل اداء الدين أو إذا حل أجل الدين ولم يعطكه فأنا كفيل بالمبلغ المذكور) جاز . وكذلك لو ادى الكفيل دين الأصيل بعد وفاته أو بعد حلول أجل الدين جاز أيضاً.

(٢) كذلك تجوز الكفالة الثانية فيما لو كفل أحد آخر على أن يسلمه وإذا لم يسلمه يكون كفيلاً بنفس فلان وكان للمكفول له دين على ذلك الشخص. (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة) فعلى ذلك إذا لم يسلم ذلك الرجل انعقدت تلك الكفالة ولزمه تسليم المكفول به الثاني إلى الطالب عند الطلب.

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر إذا سرق فلان مالك أو أتلف فلان وديعتك فأنا ضامن انعقدت الكفالة معلقة على الشرط صحيحة ومتى ثبتت سرقة ذلك الرجل أو اتلافه الوديعة طولب الكفيل بالمال المسروق أو الوديعة المتلفة. فان كان ذلك المال موجوداً لزم رده إلى صاحبه عيناً وان كان مستهلكاً لزمه رد بدله إلى صاحبه كذلك يلزم رد بدل الوديعة المستهلكة وتثبت السرقة باقرار الكفيل كما أنها تثبت بالبينة التي يقيمها المكفول له. لكن إذا ثبتت باقرار الكفيل فلا يوآخذ بذلك غير الكفيل فقط ولا يسري هذا الإقرار إلى الأصيل أما إذا أثبتها صاحبها بالبينة يسري أيضاً في حق الأصيل ، أنظر المادة (٧٨).

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر أنا كفيل بثمن المال الذي تبيعه من فلان وبعد ذلك باع ذلك الشخص من ذلك الرجل أولاً نصف بغل ثم بعد ذلك باع منه النصف الآخر يطالب الكفيل بثمن النصف الأول فقط ولا يطالب بثمن النصف الثاني، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) لأنه لا يوجد في هذه الكفالة عبارة تدل على الايجاب مكرراً.

(٢) كذلك لو كفل أحد بنفس أحد وإذا غاب يكون كفيلاً بدينه تنعقد الكفالة مالية حتى أنه لو حضر الرجل بعد ذلك وسلمه الكفيل إلى المكفول له لزم الكفيل ضمان الدين (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس) لأن الكفالة انعقدت مالية والخلاص منها بناء على المادتين (٦٥٩ و٦٦٠) يكون بالاداء أو الابراء وليس للكفيل بناء على المادة (٦٤٠) أن يخرج نفسه منها.

(٢) كذلك لو قال أحد لآخر (إذا بعت من فلان مالاً فعلي ثمنه) يطالب الكفيل بثمن أول مال يبيعه من ذلك الرجل أما ما يبيعه من ذلك الرجل بعد ذلك أي في المرة الثانية فلا يطالب بثمنه. ما لم يقل الكفيل (كلما بايعت فلاناً فعلي) أو ما أشبه ذلك ففي هذه الحال يطالب الكفيل بثمن ما يبيعه المكفول له من ذلك الرجل في المرة الثانية والثالثة والرابعة وهلم جراً لأن لفظ (كلما) يفيد التكرار وقد اختلف العلماء في كلمة (ما بايعت فلاناً فعلي) فمعظمهم يقولون بأنها مثل (كلما) وبعضهم يقولون بأنها ليست كذلك.

(٢) وكذا لو كفل أحد بالمال أو بالنفس أو بالتسليم على أنه متى طالبه المكفول له بالمكفول به فله مهلة كذا يوماً. أي أن تشرط المدة المذكورة في عقد الكفالة فمن وقت مطالبة المكفول له

بالمكفول به تعطى مهلة للكفيل إلى مضي تلك الأيام وبعد مضيها يطالب المكفول له الكفيل بالمكفول به في أي وقت شاء وعلى الكفيل أن يسلمه له وليس للكفيل أن يطلب ثانياً مهلة كذا يوماً. مثلاً لو كفل أحد بألف قرش مطلوبه من آخر على أنه متى طالبه المكفول له بالمكفول به فله مهلة شهر فمن وقت مطالبة المكفول له بالمكفول به يعطى مهلة للكفيل إلى مضي شهر وبعد مضي الشهر يطالب المكفول له الكفيل بالمكفول به في أي وقت شاء وليس للكفيل بعد ذلك أن يطالب ثانياً مهلة شهر.

لكن إذا وقعت الكفالة بلفظ (كفلته بكذا على أنه كلما طلبته مني فلي أجل شهر) مما يوجب تكرار المطالبة والمهلة ينظر: فاذا كانت الكفالة مالية يجبر الكفيل بعد مرور الشهر على تسليم المال المكفول به ويبرأ بهذا التسليم بناء على المادة (٦٥٩). ولا يطالب به بعد. لأن الحق الواحد لا يستوفى مرتين (أنظر المادة ١٦٥١) ولا يبقى شيء للمطالبة مرة ثانية. أما إذا كانت الكفالة نفسية فالكفيل مجبر أيضاً على تسليم المكفول به بعد مرور الشهر المذكور لكن لا يبرأ الكفيل من هذه الكفالة لأن لفظ (كلما) أي القول الذي يستلزم التكرار في كل وقت مما يجعل الطلب الأول بعد التسليم لا حكم له. ولا يلزم التسليم ما لم يقع الطلب مكرراً بعد التسليم المذكور وللكفيل إذا وقعت المطالبة تكراراً أن يطالب بكذا أياماً مهلة اعتباراً من تلك المطالبة. وبعد مرور هذه المهلة فللمكفول المطالبة بالمكفول به في أي وقت اراد. وقد تكرر هذه المطالبات ويلزم التسليم والمهلة مراراً على الوجه المشروح. ما لم يقر الكفيل لدى التسليم مرة واحدة «انني بريء من تكرار التسليم في الآتي» وعلى ذلك فبما أن الكفيل يبرأ بالتسليم الأول لا يجبر على التسليم تكراراً بمطالبته ثانية (البزازية أنظر فقرة ولكن. . الخ) من مادة (٦٤٠).

قيل إذا (شرطت المهلة المذكورة في عقد الإجارة) لأنه بعد أن تقع الكفالة على أنها في الحال قابل المكفول له الكفيل قائلاً «كلما طالبك فلك مهلة شهر» فهذا كلام باطل وللمكفول له مطالبته في أي وقت اراد «البزازية في نوع إذا كان المكفول له غائباً».

(٤) وكذا لو قال أحد لآخر أنا كفيل بما يثبت لك على فلان من الدين أو بالمبلغ الذي تقرضه فلاناً أو بما يغصبه منك فلان أو بثمن ما تبيعه لفلان تصح الكفالة مضافة ولا يطالب الكفيل بالمكفول به إلا عند تحقق هذه الأحوال أي عند ثبوت الدين والاقراض باقرار الأصيل أو بالبينة وتحقق الغصب وبيع المال وتسليمه.

وفي آخر المادة الآتية في هذه المسألة بعض الإيضاحات:

وعلى ذلك يطالب الكفيل بعد أن يكفل بالمبايعة بثمن جميع المال الذي باعه منه الطالب. من أي جنس كان المال ومهما كان الثمن الذي بيع به وللطالب في حال إنكار الكفيل والأصيل البيع والتسليم أن يثبته ان شاء في مواجهة الأصيل أو في مواجهة الكفيل. ويلزم الثمن الاثنين أيا واجه منهما حين الأثبات (عبد الحليم) كما سيوضح ذلك في المادة (١٨٣٠).

وجاء في المجلة (أنا كفيل بثمن ما تبيعه من فلان الخ) لأن ضمان الخسران باطل. مثلاً لو قال أحد لآخر خذ واعط مع فلان أي تبايع معه فأنا ضامن لكل خسارة تلحقك فلا يصح الضمان (رد المحتار) لأن هذه الخسارة ليست بمضمونة على الأصيل.

(٣) كذا لو قال أحد لآخر أنا كفيل بثمن الفرس التي ستبيعها من فلان ثم باع ذلك الرجل من ذلك الشخص حنطة فلا يلزم الكفيل شيء.

(٣) كذلك لو قال أحد لآخر ان القرض الذي ستعطيه لفلان عليَّ واشترى ذلك الشخص من المكفول له مالاً فلا يطالب الكفيل بثمن المال. (الهندية في الباب الثاني من الفصل الخامس).

(٣) كذا لو قال أنا كفيل بنفس فلان على أن أحضره في اليوم الفلاني تنعقد الكفالة مضافة ولا يطالب الكفيل باحضار المكفول له قبل ذلك اليوم (مجمع الأنهر).

وقد قيد الشرط في أثناء الشرح بالمتعارف والملائم للكفالة لأنه لا يصح تعليق الكفالة على شرط ليس بمتعارف ولا ملائم للكفالة سواء أكانت الكفالة نفسية أو مالية أو تسليمية، وبعبارة أخرى لا حكم لذلك التعليق وان وقع الشرط فلا يلزم الكفيل المكفول به وسبب ذلك : مشابهة الكفالة النذر ابتداءً والبيع انتهاء فمع أن مشابهتها للنذر توجب جواز تعليقها على كل نوع من أنواع الشرط فمشابهتها للبيع تقتضي عدم جواز التعليق على شرط ما . ولذلك فقد عمل الفقهاء بالمشابهتين معاً فقالوا بعدم جواز تعليقها على الشرط غير الملائم لمشابهتها البيع وبجواز تعليقها على الشرط الملائم لمشابهتها النذر.

مثلاً لو قال أحد إذا هبت الريح أو تساقطت الأمطار أو قدم فلان الأجنبي فأنا كفيل بما على فلان من الدين فلو هبت الريح مثلاً فلا يترتب على طرف الكفيل شيء مالي وتبطل الكفالة في هذه الصورة على أن الكثير من الكتب الفقهية يقول بلزوم الضمان في الحال في الصور المذكورة بدون حاجة إلى انتظار وجود الشرط لأن التعليق فيها باطل والكفالة صحيحة. لكن أصحاب التبيين، والبحر، والنهر، والملتقى، قالوا ببطلان الكفالة في الصور المذكورة وقد وجد في المبسوط والخانية محرراً ومسطوراً على الوجه المحرر المذكور وعلى ذلك فقد شرحت هذه المادة على ما جاء في الخانية.

لو كفل أحد بالمبايعة على ما مر معنا في هذه المادة وقال له المكفول له بعد الكفالة هذه أعطني كذا قرشاً لأني بعت المال الفلاني من ذلك الرجل أي المكفول عنه وصدقه الأصيل. والكفيل منكر ينظر فاذا كان المال المدعى بيعه موجوداً في يد المشتري أو البائع، يطالب الكفيل بثمن المبيع ولا يلتفت إلى انكاره لأنهما يخبران بالشيء الذين يمكنهما انشاؤه وكل من أخبر بشيء يمكنه انشاؤه في الحال يقبل كلامه. أما إذا لم يكن ذلك المال موجوداً في يد المشتري أو البائع فلا يطالب الكفيل بالثمن ما لم يقم الطالب بينة على بيعه (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وعلى ذلك فلو ادعى الطالب أنه باعه بألف قرش وصدقه الأصيل وقال الكفيل انك بعته بخمسمائة فلا يقبل ذلك ويطالب الكفيل بألف أيضاً (الهندية في المحل المزبور).

لاحقة – في بعض مسائل الكفالة:

المسألة الأولى – لو قال أحد لآخر (بع هذا البغل من فلان بألف قرش وأنا ضامن ثمنه) وباعه الرجل بعد ذلك من الشخص المذكور بالفين يطالب الكفيل بألف قرش فقط. لأن ذكر بعض ما يتجزأ ليس كذكر كله. وإذا باعه ذلك البغل كله أو نصفه بخمسمائة قرش طولب بخمسمائة قرش فقط «الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس».

كذلك لو ادعى أحد على آخر قائلاً انك غصبت بغلي وكفل بنفس المدعى عليه أحد فقال ذلك الشخص للكفيل «إذا لم ترد لي بغلي غداً فهو عليك بأربعمائة قرش» وقال له «لا بل علي بمائتي قرش» وسكت المكفول له فاذا لم يرد الكفيل البغل في اليوم المعين لزمه مائتا قرش «الهندية» «أنظر المادة ٦٧».

المسألة الثانية – لو ادعى المكفول له «والأصيل غائب» على الكفيل بتعليق الكفالة بشرط كهذا وبوجود الشرط المذكور فدعواه صحيحة. أما لو ادعى بتعليق الكفالة على شرط كهذا ولم يدع بوجوده فلا تسمع هذه الدعوى في غياب الأصيل «نقول النتيجة».

﴿المادة ٦٣٧﴾ يلزم عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد أيضاً مثلاً لو قال أنا كفيل باداء أي شيء يحكم به على فلان وأقر فلان المذكور بكذا دراهم لا يلزم الكفيل أداؤه ما لم يلحقه حكم الحاكم.

يلزم لانعقاد الكفالة عند تحقق الشرط تحقق الوصف والقيد أيضاً أي إذا كان الشرط الذي علقت عليه الكفالة موصوفاً بوصف أو مقيداً بقيد فيتم تحقق الشرط المذكور ويثبت بتحقق ذلك الوصف أو القيد. ولا يكفي تحقق الشرط مجرداً عن ذلك الوصف والقيد لانعقاد الكفالة مثلاً لو قال أحد لآخر أنا كفيل باداء أي شيء يحكم لك به على فلان وأقر فلان المذكوربكذا دراهم لا يلزم على الكفيل اداؤها لأنه لم يتحقق الوصف بذلك الاقرار وهو قوله «أي شيء يحكم به» ما لم يلحق الاقرار حكم الحاكم. حتى أنه لو كان الأصيل غائباً وقال الدائن ان لي عليه كذا قرشاً وكفل به الكفيل على الوجه المشروح وأقام الدائن دعواه بمواجهة الكفيل وأثبتها فلا يقبل ذلك منه. لأن الدين المكفول به لما كان موصوفاً بالحكم به على الأصيل ولم يحكم به على الأصيل بعد فالدعوى والاثبات يلزمان الكفيل ديناً مجرداً عن ذلك الوصف والكفيل لم يكفل بدين كهذا مطلقاً فتكون الدعوى بذلك واقعة على كفالة غير لازمة «الهندية».

أما إذا كان الأصيل غائباً وقال الدائن «انني قد ادعيت بعد الكفالة بدين كذا قرشاً على الأصيل وأثبت دعواي واستحصلت حكماً بذلك» وادعى على الكفيل كما مر وأثبت يقبل منه ويحكم على الكفيل بالمبلغ المذكور سواء أكانت الكفالة بأمر الأصيل الغائب أو لم تكن بأمره لأن الدين في هذه الصورة قد حكم به سابقاً وبذلك قد تحقق الوصف الذي وصف به «الهندية قبيل الباب الرابع

من الكفالة».

لكن إذا لم تكن الكفالة مقيدة بوصف أو قيد كهذا وغاب الأصيل تسمع بينة الدائن في مواجهة الكفيل مثلاً لو ادعى الدائن قائلاً أن لي على فلان الغائب ديناً كذا قرشاً وفلان الحاضر في المجلس هو كفيل به تسمع دعواه وبينته، ولو أثبت الدائن وقوع كفالة الكفيل الحاضر بأمر الغائب حكم الحاكم على الكفيل الحاضر وعلى الأصيل الغائب أيضاً. وإذا ادعى الدائن على الاثنين أيضاً وحضر الغائب فللكفيل الرجوع بدون اعادة البينة (الهندية في المحل المزبور). لأن البينة حجة متعدية.

وستوضح هذه المادة زيادة عما مر في شرح المادة (١٨٣٠) وبما أن قوله (أي شيء يحكم به الخ) صيغة استقبال فلو حكم على ذلك الشخص قبل الكفالة بدين للدائن المذكور فلا تشمل الكفالة ذلك الدين ولا تتعلق.

لكن إذا لم يقل (أي شيء يحكم به) وقال أنا كفيل باداء أي شيء يثبت أو يلزم أو يجب وأقر ذلك الشخص بألف قرش ديناً لزم الكفيل اداؤها وإن لم يلحق إقراره حكم حاكم (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وفي هذه الحال لو قال المكفول له أن مطلوبه ألف قرش فلا يطالب الكفيل بالزيادة عما أقر به الأصيل كما أنه يطالب بما أقر به الأصيل فيما لو أنكر أن لذلك الشخص ديناً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وسيأتي في باب الكفالة بدين قائم في الحال كقوله كفلت بما لك عليه فلا يلزم ما أقر به الأصيل وفرق بين هذا وبين الكفالة بدين يجب كقوله ما ثبت لك عليه أو لزم فيلزم مني ما أقر به كما في فتح القدير (والبحر الرائق في النفقة).

الخلاصة، يختلف ثبوت المكفول به في حق الكفيل باختلاف صور الكفالة:

أولاً، يطالب الكفيل بالمكفول به لو قال أنا كفيل بالدين الذي سيثبت لك على فلان أو بما يثبت أو بما يجب أو بما يلزم سواء أثبت الدين بإقرار المدين أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين.

ثانياً، لو قال أنا كفيل بما يقر به فلان يطالب الكفيل بكل ما يقر به المدين بالغاً ما بلغ وليس له أن يقول أنا غير قابل أما إذا لم يقر ونكل عن اليمين فلا يلزمه شيء.

ثالثاً، لو قال أنا كفيل بما تدعيه على فلان والطالب ادعى عليه بمبلغ معين فلا يلزم الكفيل شيء بمجرد قوله هذا أنظر شرح المادة(٦٣٦).

رابعاً، لو قال أحد لآخر أنا كفيل بدينك الذي على فلان أو بمالك الذي على فلان وأثبت الدائن الدين بالبينة لزم الكفيل الضمان. وإلا فلا يلزم الكفيل ضمان بمجرد إقرار الأصيل أنظر شرح المادة(٦٣٧).

مثال ثان على هذه المادة- لو قال أحد أنا كفيل بأداء ما يحكم به الحاكم الفلاني على فلان وبعد ذلك لو حكم عليه حاكم آخر فلا يلزم الكفيل شيء.

مثال ثالث- لو قال إذا حكم الحاكم الحنفي بشيء على فلان فأنا كفيل بأدائه وحكم عليه حاكم شافعي فلا يلزم الكفيل شيء أما لو قال لو حكم حاكم البلد الفلاني بدين لفلان على فلان فأنا كفيل بأدائه لزمه الضمان إذا حكم عليه حاكم آخر «الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس» والفرق ظاهر بين هاتين المسألتين لأن أحكام المسائل تختلف باختلاف المذهب من حنفي إلى شافعي. ولا يوجد فرق بين حكم حاكمين ينتسبان إلى مذهب واحد.

﴿المادة ٦٣٨﴾ لا يؤآخذ الكفيل بالدرك إذا ظهر مستحق ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن.

يعني لا يؤآخذ الوكيل بالدرك ما لم يدَّعِ على المشتري بالمبيع ويثبت المدعي مدعاه ويحلف اليمين حسب حكم المادة (١٧٤٦) ويحكم بأن المبيع المذكور ملك المدعي ويدعي المشتري بعد الحكم على البائع بطلب ثمن المبيع لسبب ضبط المبيع من يده بالإستحقاق ويحكم على البائع برد الثمن للمشتري فبعد ذلك كله يؤاخذ الكفيل بالدرك بالمكفول به لأن البيع لا ينقض بمجرد الإدعاء باستحقاق المبيع ولذلك لا يجب على البائع إعادة الثمن (الهداية) لأنه يجوز للمستحق أن يجيز البيع بعد الحكم وقبل الفسخ سواء أكانت إجازته قبل قبض المبيع أو بعد قبضه. ويفهم أن المبيع المذكور قابل للإجازة من المادة (٣٧٨).

والقاعدة في هذا الباب هي: يؤاخذ الأصيل أي البائع بثمن المبيع المكفول به عند فسخ البيع وإبطاله في الكفالة بالدرك كما يؤاخذ الكفيل به أما قبل فسخ البيع وإبطاله فلا يؤاخذ الكفيل.

وبعد معرفة هذه القاعدة فلنبادر إلى التفصيلات الآتية: فهنا دعويان وحكمان:

الدعوى الأولى والحكم الأول: دعوى الإستحقاق والحكم بالإستحقاق، وقد أشارت المجلة إلى ذلك بقولها (إذا ظهر مستحق).

مثلاً كما لو باع أحد مالاً من آخر على أنه ملكه وسلمه إليه فقام آخر وادعى أن ذلك المال ملكه وأثبت ملكيته على الأصول وحلف اليمين على ما جاء في المادة(١٨٤٦) وحكم الحاكم بملكية ذلك الشخص للمال المذكور فيقال لهذا الحكم (الحكم بالإستحقاق).

إلا أنه لا يفسخ عقد البيع الذي بين هذين الشخصين بهذا الحكم أو بمجرد قبض المستحق المبيع من المشتري بعد الحكم المذكور. بل يبقى موقوفاً على إجازة الشخص المستحق أنظر المادة (٣٦٨) وبعد ذلك لو أجاز المستحق البيع نفذ وعلى ذلك فكما لا يلزم البائع رد ثمن المبيع إلى المشتري بهذا الحكم فلا يلزم الكفيل أيضاً (مجمع الأنهر).

الدعوى الثانية والحكم الثاني: دعوى الرجوع بثمن المبيع على البائع بعد الحكم الأول والحكم بالرجوع المذكور وقد أشارت المجلة إلى ذلك بقولها (ما لم يحكم بعد المحاكمة على البائع برد الثمن).

مثلاً يدعي المشتري على البائع«برد ثمن المبيع» الذي أعطاه إلى البائع والذي ضبط من يده بالإستحقاق والحكم وسيحصل برد البائع ثمن المبيع المذكور إليه وبذلك ينفسخ عقد البيع الذي وقع بين البائع والمشتري ويطالب البائع برد ثمن المبيع إلى المشتري لأن البيع قد أصبح بناء على المادة (٥١) غير قابل لإجازة المستحق كما يطالب الكفيل برد الثمن المذكور لسراية هذا الحكم إليه وحينئذ للمشتري بناء على صلاحيته الواردة في المادة(٦٤٤) إن شاء أخذه من البائع وإن شاء أخذه من الكفيل.

ويستفاد من القاعدة التي مر ذكرها أيضاً أنه إذا فسخ المستحق البيع صراحة بعد إقامة الدعوى الأولى والحكم بموجبها انفسخ البيع بناء على المادة(٣٧٨). وبما أنه حينئذ يلزم البائع رد ثمن المبيع إلى المشتري وإعادته إليه بدون حاجة إلى الدعوى الثانية والحكم الثاني يؤاخذ الكفيل أيضاً بالثمن المذكور بدون حاجة إليهما أي بدون حاجة إلى الدعوى الثانية والحكم الثاني. ومن هنا يفهم أن قوله «بعد المحاكمة» ليس بقيد احترازي« رد المحتار في باب الإستحقاق والكفالة».

والمقصود بالإستحقاق في هذه المادة، القسم الثاني أي الإستحقاق الذي ينقل الملكية. أما في الإستحقاق الذي يبطل الملكية فيطالب الكفيل بثمن المبيع بدون حاجة إلى محاكمة ثانية (رد المحتار في الكفالة) وهذان الإستحقاقان قد مر إيضاحهما في شرح المادة(٦١٦).

مثلاً لو ظهر شخص وادعى أن العرصة التي باعها أحد من آخر على أنها ملكه هي من مستغلات الوقف الذي هو متول عليه وأثبت ادعاءه فحكم له بذلك يؤاخذ الكفيل في الحال بثمن المبيع لأن هذا البيع ليس قابلاً للإجازة.

وعليه لو وضعت هذه المادة على الصورة الآتية لشملت جميع الصور التي مر بيانها في الشرح ولا يؤاخذ الكفيل بالدرك إذا ظهر مستحق للمبيع ما لم ينفسخ البيع لأن الإنفساخ يكون أحياناً برد الثمن وأحياناً بالحكم بالوقفية أو بفسخ المستحق البيع بعد الدعوى الأولى والحكم الأول فقط.

لكن لا يطالب الكفيل بالدرك بالمكفول به إذا فسخ البيع بخيار الرؤية، أو خيار العيب وقول المجلة(إذا ظهر مستحق) احتراز عنها (رد المحتار في الكفالة). لأن الثمن في كفالة الكفيل مقيد بضبط المبيع بالإستحقاق.

وليكن معلوماً أن الكفيل بالدرك يضمن المكفول به فقط ولا يضمن مع المكفول به الضرر المبين في المادة(٦٥٨) (رد المحتار) لأنه ليس للكفيل كفالة بذلك.

استطراد- في كون الكفالة بالدرك مانعة لدعوى التملك والشفعة والإجارة.

إن الشخص الكفيل بالدرك بكفالته يكون قد صدق على ملكية البائع للمبيع لأنها إن كانت

مشروطة في البيع فتمامه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب له وإن لم تكن مشروطة فالمراد بها أحكام المبيع وترغيب المشتري فينزل منزلة الإقرار بالملك فكأنه قال اشترها فإنها ملك البائع فإن استحقت فأنا ضامن ثمنها(رد المحتار) وعليه فليس للكفيل بعد ذلك أن يدعي أنه له (أنظر المادة١٦٤٨).

كذلك لو كان الكفيل المذكور شفيعاً فليس له بعد ذلك أن يطلب المبيع المذكور بالشفعة وكذلك الحكم في الإجارة وليس له أن يطلبه بالشفعة لأنه قد رضي بشراء المشتري (رد المحتار).

﴿المادة ٦٣٩﴾ لا يطالب الكفيل في الكفالة الموقتة إلا في مدة الكفالة مثلاً لو قال أنا كفيل من هذا اليوم إلى شهر لا يطالب الكفيل إلا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة.

أما بعد مرور مدة الكفالة فلا يطالب بالمكفول به إذا لم يكن استوفى منه في أثنائها لأن الكفيل يبرأ من الكفالة بمرور مدتها.

مثلاً لو قال أحد أنا كفيل بدين فلان أو بنفسه من هذا اليوم إلى شهر لا يطالب الكفيل بمقتضى هذه الكفالة بالمكفول به إلا في ظرف هذا الشهر وبعد مروره يبرأ من الكفالة. وإذا طولب الكفيل في ظرف هذا الشهر بالمكفول به وانقضى الشهر ولم يمكن أخذه منه فلا يطالب به بعد ذلك. حتى أن المكفول له في هذه الحال لو طالب الكفيل لمدة شهر في أثناء الشهر بالمكفول به فارجأه مغفلاً أياماً اخر ومر الشهر فليس للمكفول له مطالبة الكفيل بالمبلغ بعد مرور الشهر بمجرد قوله إنه أغفلني إغفالاً لأن الكفيل يخلص من الكفالة بمرور مدتها. (علي افندي). وبما أن بعض التفصيلات في هذا الباب قد مر في شرح المادة(٦٢٤) فراجعه هناك.

على أن الكفيل لو طالب في مدة الشهر بالمكفول به ورفع المكفول له الدعوى مطالباً بالمكفول به وأخذ حكماً ولكن مر الشهر قبل أن ينفذ ذلك الحكم فهل يخلص الكفيل من المطالبة أم لا؟ وهل يلزمه إعطاء المبلغ المذكور لاستقراره في ذمته بحكم الحاكم؟! الظاهر أنه يقتضي إعطاؤه ولكن يجب أن يحكم في هذه المسألة بعد الإستحصال على نقل.

وعلى ذلك فلو ادعى الكفيل (إنني كفلت إلى شهر مؤجل على أن أكون بريئاً بعده وقد برئت من المطالبة بمرور الشهر) وقال المكفول له (إنك كفلت إلى شهر مؤجل ولم تشترط أن تكون بريئاً بعد مروره) فالقول للمكفول له ولا يقبل قول الكفيل على أنه شرط أن لايطالبه بعد شهر(الهندية في مسائل شتى من الكفالة) أما إذا أقام الطرفان البينة رجحت بينة الكفيل، (علي افندي في ترجيح البينات).

﴿المادة ٦٤٠﴾ ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ولكن له ذلك قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة فكما أنه

ليس لمن كفل أحداً عن نفسه أو دينه منجزاً أن يخرج نفسه من الكفالة كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فأنا ضامن له فليس له الرجوع عن الكفالة لأنه وإن كان ثبوت الدين مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المدين مقدم على عقد الكفالة وأما لو قال ما تبيعه لفلان فثمنه عليّ أو قال أنا كفيل بثمن المال الذي تبيعه لفلان يضمن للمكفول له ثمن المال الذي يبيعه المكفول له لفلان المذكور إلا أن له أن يخرج نفسه من الكفالة قبل البيع بأن يقول رجعت عن الكفالة فلا تبع إلى ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك فلا يكون الكفيل ضامناً ثمن ذلك المبيع.

أي أنه ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها ونفاذها على ما جاء في المادة(٦٢١) ما لم يكن مخيراً في ذلك سواء أكان كفيلاً بالنفس أو بالمال أو بالتسليم ولو في حضور المكفول له والمكفول عنه. وإن فعل بقي بعد إخراج نفسه كفيلاً كما في الأول. (الهندية في مسائل شتى من الكفالة). لأن الكفالة من العقود اللازمة طرف الكفيل. وعليه فليس للكفيل أن يفسخها بنفسه (أنظر شرح المادة ١١٤).

قيل في المجلة (ليس للكفيل أن يخرج نفسه) لأنه للمكفول له أن يخرجه منها كما أن لوارث المكفول له إخراجه أيضاً (كقول علي افندي عن العمادية في السابع) (أنظر المادة ٦٦٠). وقد ضم على ذلك في الشرح كلمة (غير مخير) لأن للكفيل إذا كان مخيراً أن يخرج نفسه من الكفالة.

وخياره نوعان:

النوع الأول: خيار الشرط. لو كفل أحد بمال أو نفس أو تسليم مخيراً كذا أياماً صحت الكفالة على أن للكفيل أن يخرج نفسه في مدة الخيار من الكفالة وهذا من قبيل ما جاء في شرح المادة (٣٠٠) وعليه لو قال أحد انني كفلت بدين فلان على فلان على اني مخير كذا يوماً وصدقه المكفول له على ذلك ثبت له الخيار وإلا فلا يصدق الكفيل بالخيار بدون بينة (الهندية قبيل الباب الثالث من الكفالة)، لأن قول الكفيل اقرار في حق الكفالة والمرء مؤاخذ باقراره أما قوله في الخيار فادعاء ولا يثبت شيء بمجرد الادعاء.

النوع الثاني: خيار الرهن. لو كفل أحد عن آخر بشيء على أن يعطيه رهناً وشرط ذلك على المكفول له صح وتلزم الكفالة الكفيل إذا اعطاه المكفول عنه الرهن. أما إذا لم يعطه رهناً فالكفيل مخير ان شاء اجاز الكفالة وان شاء فسخها، أما إذا شرط هذا الشرط على المكفول عنه فلا حكم له في حق المكفول له وليس للكفيل أن يفسخ الكفالة بداعي عدم اعطاء المكفول عنه الرهن إليه. مثلاً لو قال أحد لآخر أنا كفيل بدينك على فلان على أن يرهن عندي هذا المال صحت الكفالة فإذا لم يعطه ذلك الشخص ذلك المال رهناً فالكفيل مخير ان شاء فسخ الكفالة وان شاء أبقاها.

كذلك لو قال أحد لآخر انني أكفل بدينك على فلان على أن يرهن المال الفلاني عندي وإذ لم يرهنه عندي فأنا بريء من الكفالة صحت الكفالة هذا إذا رهن ذلك المال وإذا لم يرهن المكفول عنه ذلك المال عنده أصبح بريئاً من الكفالة.

أما لو قال أحد لآخر أنا كفيل بما عليك من الدين لفلان على أن ترهن هذا المال عندي فتبقى كفالته. ولو لم يعطه ذلك الشخص الرهن ولا يكون مخيراً في فسخها (الهندية في الباب الخامس من الكفالة).

ولكن للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة قبل ترتب الدين في ذمة المدين في الكفالة المعلقة والمضافة. أما بعد ترتب الدين في ذمة المدين فليس له اخراج نفسه منها.

(١) مثلاً فكما أنه ليس لمن كفل أحداً عن نفسه أو دينه منجزاً أن يخرج نفسه من الكفالة (٢) كذلك لو قال ما يثبت لك على فلان من الدين فأنا ضامن له ليس له الرجوع عن الكفالة لأنه إذا قال أنا ضامن بما يثبت لك على فلان من الدين وان كان ثبوت الدين مؤخراً عن عقد الكفالة لكن ترتبه في ذمة المدين مقدم على عقد الكفالة. ويجب أن يكون الدين الثابت في ذمة المدين ديناً مترتباً في ذمته قبل الكفالة. وهاتان المسألتان مثال للفقرة الأولى من هذه المادة.

أما لو قال أحد لآخر في الكفالة المعلقة إذا بعت من فلان شيئاً فأنا كفيل به ،أو قال له في الكفالة المضافة «أنا كفيل بثمن ما ستبيعه من فلان» يضمن للمكفول له بعد البيع ثمن المال الذي باعه المكفول له من فلان المذكور.

وهذه الفقرة لم تكن مقصودة بالذات لأنه قد جاء في المادة (٦٣٦) ما هو بمعناها وإنما جاءت توطئة للفقرة التي تليها.

لكن كما أنه ليس للمكفول له أن يطلب من الكفيل ثمن مال قبل أن يبيعه من ذلك الشخص المكفول عنه فللكفيل قبل البيع أيضاً أن يخرج نفسه من الكفالة بدون أمر المكفول له. لأن الكفالة تلزم بعد المبايعة وتتوجه المطالبة على الكفيل بعد ذلك ولايطالب الكفيل قبل ذلك بشيء ولا يلزم شيء ذمته.

والسبب في وجوب الدين على الكفيل بعد المبايعة أن الدائن أو الطالب يمكنه أن يقول انني بعت مالي من الأصيل لأني كنت على ثقة من أخذي ثمن المبيع من الكفيل، والرجوع بعد البيع تغرير بالدائن أما الرجوع قبل البيع فنظراً لكونه عبارة عن نهي عن المبايعة وليس فيه من تغرير للمشتري فهو صحيح ومعتبر (رد المحتار). لكن عليه أن يعلم الطالب باخراجه نفسه من الكفالة لئلا يبقى مغروراً بكفالته.

والاعلام يكون على الوجه الآتي: وذلك كأن يقول الكفيل للمكفول له رجعت عن الكفالة فلا تبع إلى ذلك الرجل مالاً فلو باع المكفول له شيئاً بعد ذلك لا يكون الكفيل ضامناً ثمن ذلك المبيع. والفرق أن الأولى «أي ما بايعت فلاناً فعليّ» مبنية على الأمر وهذا الأمر غير لازم وفي الثانية

«وهي التي أشرنا إليها بهذه الأرقام ١و٢» مبنية على ما هو لازم (رد المحتار).

كذلك لو استأجر أحد مالاً على ما جاء في المادة «٤٩٤» وكفل أحد ببدل الإجارة فللكفيل الرجوع عن الكفالة في أول الشهر. لأن العقد في إجارة كهذه يتجدد ويتجدد بذلك سبب الأجرة فللكفيل حق الرجوع عن الكفالة المستقبلة «الهندية».

ويجب ألَّا يستدل باتيان المجلة قول الكفيل (رجعت عن الكفالة) وقوله (لا تبع ذلك المال من فلان) معاً على لزومهما في إخراج الكفيل نفسه من الكفالة. لأنه كما يحصل اخراجه نفسه من الكفالة بقوله إني رجعت عن الكفالة، فقد يحصل أيضاً بنهيه المكفول له قائلاً «لاتبع ذلك المال من فلان» (الهندية في الخامس من الباب الثاني) وقد أشير إلى ذلك أثناء الشرح لكن على الكفيل في الرجوع عن كفالة كهذه أن يعلم المكفول له رجوعه عن الكفالة. ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقتها كل شهر جاز وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر والفرق أن السبب في النفقة لم يتجدد عند رأس الشهر بل يجب في الشهور كلها بسبب واحد وسبب الأجر في الإجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد فله أن يرجع في الكفالة المستقبلة (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

﴿المادة ٦٤١﴾ من كان كفيلاً برد المال المغصوب أو المستعار وتسليمهما فاذا سلمهما إلى صاحبهما يرجع بأجرة نقلهما على الغاصب والمستعير أي يأخذها منهما.

أي يجبر الكفيل على تسليم المال المغصوب إلى المغصوب منه والمستعار إلى المعير.

وكما أنه يجبر الأصيل بمقتضى المادتين (٨٩٠ و٨٣٠) على رد المال المذكور على أن تكون مصاريف نقله ومؤونة رده عليه كذلك يجبر الكفيل على رده بمقتضى المادة (٦٣١).

وإذا سلمهما الكفيل إلى صاحبهما يرجع بأجرة نقلهما بأجر مثل العمال على الغاصب والمستعير أي يأخذها منهما (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

وأجرة النقل المقصودة هي الأجرة المثلية للعمال كما أشير إلى ذلك في الشرح. وليس صرفياته. فكما يكون أجر المثل معادلاً للصرفيات قد يزيد أو ينقص عنها. هذا وان ذكر في هذه المادة رجوع الكفيل على المكفول عنه أي الغاصب والمستعير بأجرة النقل مطلقاً فحق الرجوع على الغاصب والمستعير إنما هو في حال دفوع الكفالة بأمرهما.

فظهر أنه يشترط في مسألة الرجوع أن تكون الكفالة بالأمر كما جاء في شرح المادة (٦٣١) وها هي عبارة ابن عابدين محشي البحر (ولو رد رجع عليه بأجر مثل عمله إذ الكفيل بأمر يرجع) وكما جاء في لاحقة المادة المذكورة قوله (إذا كانت الدابة المأجورة غير معينة فيشترط في أمر الرجوع فيها

أن يكون الكفيل في حملها بالأمر) وكذلك ما جاء في شرح المادة (٦٥٧) يدل على أن الرجوع في الكفالة بالمال منحصر في صورة وقوع الكفالة بالأمر.

وحكم هذه المادة استحساني.

وقوله في هذه المادة (الشخص الذي يكفل) احترازاً عن الوكيل لأن المستعير والغاصب لو وكلا شخصاً برد المستعار أو المغصوب إلى دار صاحبه أو إلى مكان الإعارة أو الغصب صح. لكن الوكيل لا يجبر على النقل (الهندية) لأن الوكالة لما كانت ليست من العقود اللازمة فللوكيل أن يمتنع عن القيام بصرفيات الوكالة ويخرج نفسه منها.

وكما تجوز الكفالة بالتسليم في المغصوب والمستعار تجوز كما ذكر في المادة (٦٣١) في المبيع قبل القبض والمرهون، والمأجور وفي الأمانات السائرة.

ولكن بما أن صرفيات النقل في المأجور والوديعة وما أشبه ذلك من الأمانات ليست عائدة على المستأجر والمستودع أي واضع البديل على المؤجر والمودع فلو كفل أحد بأمر المستأجر بتسليم المأجور فتسليمه يكون عبارة عن اخلاء المأجور كالأصيل ولا حاجة هنا إلى صرفيات للنقل.

أما الكفيل بالتسليم فبما أنه تعود صرفيات النقل على واضع اليد فيما عدا المغصوب والمستعار من الأعيان هو كفيل بالأمر، فله أن يرجع على المكفول عنه بصرفيات النقل بعد تسليمه الأعيان المذكورة إلى المكفول له. إذ الكفالة بأمر الأصيل كما قلنا.

الفصل الثاني

في بيان حكم الكفالة بالنفس

﴿المادة ٦٤٢﴾ حكم الكفالة بالنفس هو عبارة عن احضار المكفول به أي لأي وقت كان قد شرط تسليم المكفول به فيلزم احضاره على الكفيل يطلب المكفول له في ذلك الوقت فان احضره فبها والا يجبر على احضاره.

أي يلزم على الكفيل احضار المكفول به في الوقت الذي شرط لتسليم المكفول به أو في الوقت الذي يطلبه المكفول له بعد ذلك في الحال ولا حق له في طلب مهلة وذلك فيما إذا كان محل المكفول به معلوماً ويلزمه تسليمه في المكان المبين في المادة (٦٦٣). وهذا اللزوم مستند على قصد قيام الكفيل باداء ما التزم به (بمقتضى الكفالة) لكن للكفيل كما هو مبين في المادة (٦٦٥) أن يسلم المكفول به قبل ذلك الوقت فعليه إذا لم يعين وقت للتسليم أن يحضر المكفول به في الوقت الذي يطلب المكفول له احضاره فيه.

فان أحضره فبها أي يكتفي بها ويكون قد حصل المقصود وإذا لم يحضره فيجبر الكفيل على احضاره ويحبس. لأنه يكون قد امتنع عن اداء حق لازم عليه. وان كانت الجهة التي قصدها المكفول عنه معلومة يعطي الحاكم مهلة للكفيل سواء أكانت الجهة بعيدة أم قريبة بحيث يمكنه أن يذهب اليها ويجيء وللمكفول به حينئذ أن يأخذ على الكفيل كفيلاً لئلا يختفي فاذا أحضر الكفيل المكفول عنه في نهاية تلك المهلة فبها والا يحبس ويجبر على احضاره.

كذلك يحبس الكفيل ويجبر على احضار المكفول عنه فيما لو امتنع عن الذهاب إلى المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه. . لو كان ذلك المحل بعيداً أو بلداً أجنبياً. مثلاً لو فر المكفول عنه إلى بلد أجنبي والتحق بها يطالب الكفيل باحضاره فيما لو كان بين دولته والدولة التي فر إلى بلادها معاهدة على تسليم أمثال هؤلاء الفارين من أحداهما إلى تلك الدولة وكان بين الدولتين صلح وسلام.

أما إذا وجد في طريق المحل الذي يوجد فيه المكفول عنه عذر مانع من المرور فيه فلا يجبر الكفيل على الذهاب إليه. فإذا لم يكن محل المكفول عنه معلوماً وتصادق الكفيل والمكفول على ذلك تتأخر مطالبة الكفيل إلى أن يعرف محل المكفول عنه. أما إذا اختلف الطرفان في معلومية المحل

فقال الكفيل لا أعلم محل المكفول عنه وادعى المكفول له أنه يعلم فتقبل البينة ممن يقيمها منها. وإذا أقام الاثنان البينة رجحت بينة المكفول له. وإذا لم يستطع أحدهما اقامة البينة فإذا كان يوجد مكان يقصده المكفول عنه عادة لقضاء حوائجه كالتجارة فالقول للمكفول له ويلزم على الكفيل أن يذهب إلى ذلك المكان للتفتيش عليه وإذا لم يوجد محل كهذا يقصده المكفول عنه فالقول للكفيل مع اليمين على أنه لا يعلم محل المكفول عنه (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثاني من الكفالة والتنوير، ورد المحتار).

للكفيل أن يجبر المكفول عنه بالتسليم إلى المكفول له والحضور، أي أنه على المكفول عنه أن يصدع لتكليف الكفيل إياه بالتسليم وإذا لم يصدع لتكليفه ولم يقتدر الكفيل على التسليم يراجع الحاكم فيعينه باعوانه وذلك إذا كانت الكفالة بأمر المكفول عنه وإلا فيرشد المكفول له إلى مكان المكفول عنه ويخلي بينهما (الفتح، الهندية).

ويفهم من إطلاق حكم هذه المادة أن الكفالة بنفس أحد ليس المكفول له قبله شيء صحيح وليس لذلك الشخص أن يمتنع عن تسليمه فيما لو بين المكفول له بعد ذلك أنه ليس له عليه شيء والواقع أنه وإن عد إجبار الكفيل بتسليم المكفول به إلى المكفول له وهو ليس له عليه حق يستحقه عبثاً فالكفالة الواقعة على زعم الطالب إنما تكون لحق يلزم الأصيل أداؤه.

والحكم في الكفالة المالية على هذا المنوال أيضاً وها هو: لو قال أحد أنا كفيل بدين فلان الذي في ذمة فلان وأنكر ذلك دينه ولم يثبته عليه ذلك الشخص وحلف اليمين على أنه ليس عليه دين لفلان يطالب الكفيل بالدين لزعمه وجود ذلك الدين. لأن ثبوت الفرع مع عدم ثبوت الأصل وارد (الهندية بإيضاح).

ويكون الكفيل مجبراً على تسليم المكفول عنه كما ذكر في هذه المادة بطلب الطالب. على أنه للكفيل حق بالتسليم بدون طلب أيضاً. وسيبين الفرق بين هذين التسليمين في المادة(٦٦٤)

الفصل الثالث

في بيان أحكام الكفالة بالمال

يستدل من هذا العنوان أن المواد المندرجة في هذا الفصل مختصة بالكفالة بالمال. ما عدا المادة (٦٤٣) الآتية فإن حكمها يمكن أن يشمل الكفالة بأنواعها الأربعة. والمجلة وان بحثت عن أحكام الكفالة بالنفس والكفالة بالمال. إلا أنها لم تضع باباً خاصاً لأحكام الكفالة بالتسليم. إذ بعض أحكام هذه الكفالة قد مر في المادة(٦٤١) وبعضها سيأتي في المادة التالية:

﴿المادة ٦٤٣﴾ الكفيل ضامن.

هذه المادة ترجمت الحديث الشريف (الزعيم غارم) كما بين في صدر الكتاب.

أي على الكفيل أن يؤدي المكفول به عند المطالبة به سواء أكان المكفول به ديناً كثمن المبيع أم عيناً مضمونة بنفسها كالمال المقبوض بطريق سوم الشراء وقد سمى ثمنه والمبيع الفاسد والمغصوب (رد المحتار) أو نفساً كما في الكفالة بالنفس. وهل في الكفالة بالنفس غرم وضمان؟! وهذا السؤال قد مر جوابه في شرح المادة(٦١٣).

ويستفاد من هذه الإيضاحات أن حكم هذه المادة يشمل الكفالة بأنواعها الأربعة.

وستفصل كيفية ضمان الكفيل في المادة الآتية والمادة(٦٤٥) التي بعدها.

وعلى ذلك فلو ادعى الكفيل بعد أن كفل بدين أحد أن الكفالة غير صحيحة بناء على المادة(٦٣١) لأن المكفول به مال رشوة أو قمار وأقر المكفول له بذلك فلا يلزم الكفيل شيء. أما إذا أنكر فكما أنه لا يقبل من الكفيل إقامة الشهود على أن ذلك الدين رشوة أو قمار أو أن المكفول له أقر في غير مجلس الحاكم أنه مال رشوة أو قمار فليس له أن يطلب تحليف المكفول له على ذلك (الهندية في الباب الثالث من الكفالة والأنقروي في الفصل السابع) لأن كفالة الكفيل بدين إقرار منه بصحة ذلك الدين وادعاؤه بعد ذلك هذا الإدعاء غير مسموع لأنه تناقض.

كذلك لو ادعى أحد بعد أن كفل بثمن مبيع أن البيع وقع فاسداً وأن ثمن المبيع بناء على ذلك لا يلزم المشتري فلا يسمع ادعاؤه. (علي افندي في الدعوى في الكفالة وما يناسبها) (أنظر المادة ١٠٠).

وكما تشمل عبارة (الكفيل ضامن) الكفيل تشمل كفيل الكفيل وكفيل كفيل الكفيل أيضاً، وعلى ذلك فلم يجعل لكفيل الكفيل مادة خاصة.

وإليك فيما يلي بعض الإيضاحات في بيان محل ضمان المكفول به لأنه لم يأت لها ذكر في المتن:

يلزم تسليم المكفول به الذي يحتاج الى حمل ومؤونة في المحل الذي شرط تسليمه فيه (أنظر المادة ٨٣) أما ما لا يحتاج إلى حمل ومؤونة فللطالب أن يأخذه في أي محل أراد، مثلاً لو كفل أحد بألف قرش على أن يدفع نصفها في استانبول والنصف الآخر في ازمير فللطالب إن شاء أخذ الألف كلها في استانبول أو في ازمير أو في مكان آخر (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني).

وإذا لم يبين مكان للتسليم في الأشياء التي تحتاج إلى حمل ومؤونة فأين يصير تسليمها؟

قد مر نظيران لهذا في المجلة. فجاء في المادة(٢٨٥) يسلم المبيع في البيع بعقد مطلق في مكان المبيع وجاء في المادة (٤٦٥) وإن لم يبين مكان التسلم فالمأجور إن كان عقاراً يسلم في المحل الذي هو فيه وإن كان عملاً ففي محل عمل الأجير وإن كان منقولاً ففي مكان لزوم الأجرة. فهل تقاس هاتان المسألتان على ذلك؟ ويقال يلزم الكفيل التسليم في المكان الذي وقعت الكفالة فيه أو التسليم في المكان الذي يلزم التسليم فيه بمقتضى العقد؟

﴿المادة ٦٤٤﴾ الطالب مخير في المطالبة إن شاء طالب الأصيل بالدين وإن شاء طالب الكفيل ومطالبة أحدهما لا تسقط حق مطالبته الآخر وبعد مطالبته أحدهما له أن يطالب الآخر ويطالبهما معاً.

وإن كان للكفيل كفيل فله إن شاء مطالبته وبما أنه قد مر في المادة السابقة (للمكفول له حق في مطالبة الكفيل) فذكر ذلك هنا إنما هو توطئة لما سيأتي بعد من المسائل، لأن مفهوم الكفالة عبارة عن ضم ذمة الى ذمة. وهذا يوجب قيام الذمة الأولى وليس براءتها(الدر) ويستثنى من خيار الطالب مسألتان فلا يطالب فيهما غير الكفيل:

المسألة الأولى- إذا وقعت الكفالة بشرط براءة الأصيل.(أنظر المادة ٦٤٨).

المسألة الثانية- لو قال أحد أنا كفيل بالعشر جنيهات التي لزيد على عمرو وأنكر زيد هذا الدين ولم يثبت عليه وحلف اليمين ففي هذه المسألة أيضاً يطالب الكفيل بالدين فقط ولا يلزم الأصيل شيء (أنظر المادة ٨١).

وحكم هذه المادة أي تخيير الطالب في المطالبة وان شمل الكفالة بأنواعها الأربعة فقد اختص بقول المجلة (إن شاء طالب الأصيل بالدين) بالكفالة بالمال.

وبمجرد مطالبته أحدهما بالدين أي إذا طالبه ولم يفه حقه لا يسقط حق مطالبته الآخر حتى لو

أخذ منه مقداراً من الدين فله أن يطالب الآخر بالباقي. وله قبل الإستيفاء أن يطالبهما معاً بجميعه كما له أن يطالب به كلاً منهما وبعبارة أخرى للطالب أن يطالب كلا من الأصيل والكفيل وكفيل الكفيل بجميع المكفول به كما أن له أن يطالبهم به معاً. لأن الكفالة هي ضم وليست بتمليك. لكن إذا استوفى الطالب مطلوبه من الأصيل فليس له أن يطالب به بعد ذلك الكفيل أو كفيل الكفيل كما أنه إذا استوفاه من الكفيل أو من كفيل الكفيل فليس له أن يطالب به الأصيل أو الكفيل الآخر.

كذلك لو كان المكفول به ألف قرش واستوفى المكفول له من الأصيل اربعمائة فقط فليس له استيفاء أكثر من ستمائة من الكفيل أو كفيل الكفيل كما أنه لو استوفى الأربعمائة قرش من الكفيل أو كفيل الكفيل. فليس له أن يستوفي من الأصيل أو الكفيل الآخر أكثر من ستمائة قرش. (رد المحتار) كما قد بين في المادة (٦٥٩). (أنظر المادة ١٦٥١) وعليه فلو قال الكفيل عند مطالبة المكفول له بالدين (إنك قد استوفيت المبلغ المذكور بعد أن صرت كفيلاً من الأصيل وقد أقررت على أخذك إياه) ورفع دعوى عليه وأثبت إقراره بالبينة فإذا دفع المكفول له هذه الدعوى فيكون قد خلص منها.

كذلك لو ادعى الدائن على مدينه بكذا قرشا فدفع المدين دعواه بقوله (قد أخذت هذا من كفيلي فلان بحكم الكفالة) وأثبت دفعه فالدائن يندفع عن الدعوى المذكورة (المجموعة الجديدة) (أنظر المادة ١٦٣٢).

وإذا طالب الطالب الكفيل بالمكفول به وكان كفيلاً بالأمر فللكفيل أن يطلب إلى الأصيل أن يوفي الطالب دينه ويطلب تخليصه من الطالب ما لم تكن للأصيل في ذمة الكفيل ما هو من جنس المكفول به فحينئذ ليس للكفيل ذلك بل يقع التقاص.

لاحقة: تحتوي على مبحثين.

المبحث الأول- في الإدعاء على الكفيل بالمكفول به والأصيل غائب.

١- إذا ادعى الطالب بالمكفول به قائلاً «إن هذا الشخص كفيل بديني على فلان بأمره» وأثبت هذا الدين وهذه الكفالة بالأمر فالحاكم يحكم بالمبلغ المدعى به على الكفيل الحاضر وعلى الأصيل الغائب معاً. وعلى ذلك فللكفيل بناء على الصلاحية المخولة له بمقتضى المادة(٦٥٧) أن يرجع بعد تأدية المبلغ المذكور إلى الطالب على المكفول عنه بدون حاجة إلى إعادة البينة. لأن الأصيل الغائب قد حكم عليه ضمناً.

أما إذا لم تكن الكفالة بأمر المكفول عنه وادعى بالكفالة مع الدين وأثبتهما فلا يحكم إلا على الكفيل ولا يحكم على الغائب(التنوير، والدر المختار ورد المحتار).

المبحث الثاني- في اختلاف المكفول له، والكفيل، والمكفول عنه في المكفول به.

٢- لو ادعى المكفول له بعد أن كفل له أحد دينه أن الدين عشرون جنيهاً وأقر المكفول عنه أنه مأية ريال والكفيل بأنه خمسون كيلة حنطة فيحلف الكفيل والمكفول عنه بطلب المكفول له فإن حلفا اليمين: برئا مما يدعي به المكفول له وإذا حلف أحدهما ونكل الثاني فالدين يلزم الناكل والذي حلف يبرأ منه. (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

﴿المادة ٦٤٥﴾ لو كفل أحد المبالغ التي لزمت ذمة الكفيل[1] بالمال حسب كفالته فللدائن أن يطالب من شاء منهما.

وهذه الكفالة صحيحة كما مر في المادة (٦٢٦) وللدائن أيضاً على ما جاء في المادة(٦٤٤) أن يطالب الأصيل .

كذلك له أن يطالبهما معاً. وعليه فالدائن مخير، فإن شاء طالب الأصيل وإن أراد طالب الكفيل الأول، وإن شاء طالب كفيل الكفيل أو الكفيل الثالث.

وإذا طالب أحدهم فلا يسقط حقه في مطالبة الآخرين لكن إذا أداه أحدهم برئ الآخرون مثلاً لو أدى الكفيل جميع الدين برئ كفيل الكفيل كما أنه إذا أداه كفيل الكفيل يبرأ الكفيل أنظر المادة (١٦٥١).

وإذا أوفى كفيل الكفيل الدائن المال المكفول به فله الرجوع على الكفيل الأول إذا كانت كفالته بأمره وليس له الرجوع على الأصيل مباشرة وعلى هذا التقدير فلو أدى الكفيل الأول الدين إلى الكفيل فللكفيل الأول الرجوع به على الأصيل. وذلك إذا كانت كفالته بأمره. أما إذا كانت بلا أمر فليس لأحدهما حق الرجوع. مثلاً لو كانت كفالة كفيل الكفيل بأمر الكفيل الأول وكفالة الكفيل الأول بلا أمر الأصيل وأدى كفيل الكفيل الدين فله الرجوع على الكفيل الأول وليس له الرجوع على الأصيل أنظر المادة(٦٧٥) شرحاً ومتناً (رد المحتار في تعريف الكفالة).

﴿المادة ٦٤٦﴾ عليهما دين مشترك من جهة واحدة وقد كفل كل عن صاحبه يطالب كل منهما بمجموع الدين.

أي يجوز للإثنين اللذين عليهما دين من جهة واحدة أو أكثر أن يكفل كل عن صاحبه أي يكفل كل المطالبة التي تلزم ذمة الآخر وعليه يطالب كل منهما بمجموع الدين النصف بالاصالة والنصف بالكفالة. مثلاً لو كان اثنان عليهما دين مشترك وكَفِلَ كل عن صاحبه بالمطالبة بالدين طولب كل منهما بمجموع الدين نصفه اصالة والنصف الثاني بمقتضى الكفالة.

(١) صرح في شرح المادة(٦١٢) أن المجلة قد اختارت القول بعدم لزوم الدين في ذمة الكفيل بل المطالبة فقط. فهذا التعبير مخالف لما جاء في المادة المذكورة. وعليه كان يجب أن يقال (المطالبة التي لزمت) وعليه صار هذا الشرح.

أما إذا كفل بعض الشركاء البعض الآخر فقط فالبعض الذي يكفل يطالب بمجموع الدين ولا يطالب البعض الآخر بأكثر من حصته من الدين كما لو لم يكن أحد من الشركاء كفيلاً بدين عن الآخر يطالب كل بما عليه من الدين ولا يطالب بأكثر مما عليه (البهجة).

مثلاً لو استقرض إثنان من أحد ألف قرش يطالب كل منهما بخمسمائة قرش.

كذلك لو باع أحد مالاً من اثنين على ما جاء في المادة (١١١٣) طالب كلا منهما بحصته من الدين على حدة ولا يطالب أحد المشتريين بدين الآخر ما لم يكن قد كفل به عنه.

وقوله في هذه المادة (دين مشترك) لا يقصد به المعنى الوارد في المادة (١٠٩١) والمواد التالية لها ولا يقصد بقولها (من جهة واحدة) كما تبين بعد بداهة في الشرح (كونه بسبب واحد).

وكذا لو آجر أحد بمقتضى المادة (٤٣٢) مالاً من اثنين بعقد واحد بمائتي قرش يطالب كل منهما بمائة قرش أما إذا كفل المستأجران بعضهما بعضاً بالأجرة يطالب كل منهما بمائتي قرش نصفها بالاصالة والنصف الآخر بالكفالة أما لو كفل أحد المستأجرين الآخر يطالب المستأجر الكفيل بالمائتي قرش النصف بالاصالة والنصف بالكفالة أما الثاني الذي لم يكن كفيلاً فلا يطالب إلاَّ بحصته المائة قرش.

ولو اشترى اثنان بغلاً من شخص بثلاثمائة قرش على أن يكون ثلثه لأحدهما وثلثاه للآخر وأصبحا بذلك مدينين لذلك الشخص وكفل أحدهما عن الآخر بما عليه يطالب كل منهما بثلاثمائة قرش فيطالب صاحب الثلث بالثلث بالاصالة وبالثلثين بالكفالة ويطالب صاحب الثلثين بالثلثين بالاصالة وبالثلث بالكفالة أما لو كفل صاحب الثلث عن صاحب الثلثين فقط طولب صاحب الثلث بجميع الدين بالثلث بالاصالة وبالثلثين أما صاحب الثلثين فلا يطالب إلاَّ بمايتي قرش حصته من الدين.

لو أدى أحد المدينين حسب هذه المادة بعد أن كفل بعضهما بعضاً مقداراً من الدين فهل يحسب من الدين الذي يلزمه بالأصالة أو مما يلزمه بالكفالة، ففي التفصيلات الآتية البيان:

ترجح جهة الأصالة على جهة الكفالة في تأدية الديون التي تتساوى صفة وسبباً أي أنه إذا أدى أحد المدينين الشريكين في دين حسب هذه المادة وكفل بعضهما بعضاً مقداراً من الدين يساوي ما عليه أو ينقص يحسب من دينه لأصالته وليس له أن يقول إنه دفعه عن الثاني وإن فعل فلا يصح ادعاؤه ولا يكون له حق بالرجوع على الآخر. (لأنه لو رجع بنصفه لأدى إلى الدور)، لأنه لو جعل شيئاً من المؤدى عن صاحبه فلصاحبه أن يقول أداؤك كأدائي فإن جعلت شيئاً من المؤدى عني ورجعت عليَّ بذلك فلي أن أجعل المؤدى عنك كما لو أديت بنفسي فيفضي إلى الدور وليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه بل اللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع في المؤدى إليه (رد المحتار في كفالة الرجلين).

أما إذا أدى زيادة عما عليه من الدين فله الرجوع بالزيادة على الآخر فقط إذا كانت الكفالة بأجرة.

مثلاً لو كفل ثلاثة شركاء متساوين في دين ثلاثمائة قرش بعضهم بعضاً وبعد ذلك لو دفع أحدهم إلى الدائن تسعين أو مائة قرش فبما أنها تحسب من دينه فليس له الرجوع بثلثي التسعين قرشاً أو المائة على الآخرين بداعي أنه دفعها عنهما كما أنه ليس له أن يرجع بالتسعين أو المائة كلها عليهما أو على أحدهما بداعي أنه دفعها عنهما أو عنه.

أما لو دفع إلى الدائن مائة وخمسين قرشاً فتحسب المائة عن الدين الذي عليه والخمسون مما على شريكه وله أن يرجع عليهما بها إذا كانت كفالته بأمرهما، (الهندية في الباب الرابع من الكفالة). (أنظر المادة ٦٥٧) متناً وشرحاً.

كذلك لو كان على رجلين دين على كل منهما النصف وقد كفل كل منهما الآخر بالنصف الثاني على ما سيجيء في المادة (٦٤٧) فالحكم في ذلك على المنوال المشروح أيضاً وإذا لم يؤد زيادة عن نصيبه من الدين فليس له الرجوع على الآخر (رد المحتار في كفالة الرجلين).

وكذا لو كان لدين كفيلان وكفل كل منهما بعد ذلك الآخر فالحكم على المنوال المحرر أيضاً. لأن الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع كما في البحر من المحل المزبور.

كذلك لدائن شريكي مفاوضة لدى افتراقهما أن يستوفي جميع الدين من أيهما شاء. وإذا أدى أحد الشريكين نصف الدين أو أقل من النصف فليس له الرجوع على الشريك بنصف ما أدى أما إذا أدى أكثر من النصف فله الرجوع عليه بالزيادة. لأنه اصيل في النصف وكفيل في الآخر فما أدى يصرف إلى ما عليه بحق الأصالة وإن زاد على النصف كان الزائد عن الكفالة فيرجع (رد المحتار في كفالة الرجلين).

ورد في هذه المسألة قوله (أن يكون مساوياً صفة) لأن الديون إذا كانت مختلفة أي إذا كان دين أحدهما مؤجلاً ودين الآخر معجلاً وعين الدين المعطى بقوله عن الشريك صح.

مثلاً لو كان على اثنين دين مايتا قرش نصفه على أحدهما معجلاً والنصف الآخر مؤجلاً لشهر وكفل أحدهما الآخر وأعطى المدين الذي أجل دينه المائة قرش التي على شريكه قائلاً لشريكه (أعطيتها بمقتضى كفالتي عنك) فله أن يرجع عليه بالمائة قرش وذلك إذا كانت الكفالة بأمره.

أما لو أعطى المدين الذي عليه الدين معجلاً مائة قرش وقال (إنني أعطيتها عن شريكي بمقتضى كفالتي عنه) وأراد الرجوع عليه فليس له ذلك إلاّ بعد حلول الأجل. لأن الكفيل إذا عجل ديناً مؤجلاً ليس له الرجوع على الأصيل قبل الحلول (رد المحتار في الكفالة). (أنظر شرح المادة ٦٥٧).

كذلك لو أجل الدائن دين أحد الشريكين دون الآخر في دين بعد أن كفل أحد الآخر وأدى الشخص الذي أجل دينه مقداراً من الدين قبل حلول أجل دينه وبين أنه عن رفيقه قبل كلامه.

وجاء في هذه المسألة أيضاً (أن يكونا متساويين سبباً). لأنه إذا كان سبب دين أحدهما مختلفاً عن دين سبب الآخر كما لو كان دين أحدهما قرضاً ودين الثاني ثمن مبيع فإعطاء احدهما شيئاً عن شريكه بالتعيين صح. لأن النية في الجنسين المختلفين معتبرة وفي الجنس الواحد لغو (رد المحتار).

مثلاً لو كان على اثنين دين مائتا قرش وكان الدين على أحدهما قرضاً وعلى الثاني ثمن مبيع وبعد أن كفل أحدهما الآخر أعطى الذي دينه قرضاً مائة قرش عن شريكه قائلاً له (أعطيتها عنك حسب كفالتي) فله الرجوع عن شريكه المدين بثمن المبيع. أي أنه يأخذ منه مائة قرش وذلك إن كانت الكفالة بأمره.

كذلك لو كفل أحد الشريكين بما في ذمة الآخر ولم يكفل الثاني بما في ذمته وأدى الكفيل مقداراً من الدين وبين أنه عن شريكه قبل. (الهندية قبيل الباب الرابع من الكفالة).

كذلك لو أقر شخصان (بأن لفلان علينا دين على أن له الخيار في أخذه من أينا شاء) فهذا الإقرار في حكم أن يكفل كل منهما الآخر (الهندية قبيل الباب الخامس من الكفالة).

﴿المادة ٦٤٧﴾ لو كان لدين كفلاء متعددون فإن كان كل منهم قد كفل على حدة يطالب كل منهم بمجموع الدين وإن كانوا قد كفلوا معاً يطالب كل منهم بمقدار حصته من الدين ولكن لو كان قد كفل كل منهم المبلغ الذي لزم في ذمة الآخر فعلى هذه الحال يطالب كل منهم بمجموع الدين. مثلاً لو كفل أحد آخر بألف ثم كفل ذلك المبلغ غيره أيضاً فللدائن أن يطالب من شاء منهما وأما لو كفلا معاً يطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور إلا أن يكون قد كفل كل منهما المبلغ الذي لزمه الآخر فعلى ذلك الحال يطالب كل منهما بالألف.

أي أنه يصح بمقتضى المادة (٦٢٧) تعدد الكفلاء ويطالب كل منهم بمجموع الدين إذا كفل كل على حدة وإذا أبرأ الكفيل بعض الكفلاء من الدين فله أن يطالب كلا من الباقين بمجموعه.

وفي هذه الحال للدائن إن شاء أن يطالب الأصيل بمجموع الدين وإن شاء أن يطالب كفيلاً واحداً وإن شاء أن يطالب الكفلاء والأصيل معاً كلاً بمقدار من الدين، وإذا كان الكفلاء المتعددون اثنين فيطالب كل منهما بمجموع الدين أو يطالب الأصيل بمجموع الدين، ويبرأ الجميع مما يؤديه أحد الكفلاء كثيراً كان أو قليلاً وليس للمؤدي هذا أن يقول لغيره من الكفلاء (أعطوني حصتكم لأنكم أنتم كفلاء أيضاً) ما لم يكونوا كفلاء لبعض بالأمر وحينئذٍ فللمعطي الخيار إن شاء راجع الكفلاء الباقين بحصصهم مما يدفعه قليلاً كان أو كثيراً. لكون الكل كفلاء هنا (الدر المختار) وبعد ذلك لهم أن يراجعوا الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (البحر، رد المحتار) وإن شاء راجع الأصيل لكونه كفل بالكل بأمره (الدر المختار).

وإذا تصالح أحد الكفلاء مع المكفول له أو باع من المكفول له مالاً في مقابل المكفول به يكون الحكم على هذا المنوال أيضاً. (البزازية في نوع آخر). إذا كان المكفول به غائباً.

وقول المادة (على حدة) احتراز من كفالة الكفيلين بمجموع الدين معاً ولا فرق في الصورة المذكورة. إذا كفل الكفلاء بمجموع الدين متعاقبين أو في وقت معاً في الحكم أما إذا كفل الكفلاء بمجموع الدين معاً ينقسم الدين المكفول به على تعداد رؤوسهم ويطالب كل منهم بحصته من الدين وفي هذه الحال إذا كان الكفلاء الذين يكفلون معاً اثنين يطالب كل منهما بنصف الدين وإذا كانوا أربعة يطالب كل منهم بربع الدين ولا يطالب بأكثر من ذلك والذي يؤدي حصته يبرأ (رد المحتار في كفالة الرجلين). وإذا كانت كفالة من يؤدي ما عليه بأمر الأصيل فله الرجوع عليه. وقوله هنا (معاً) أي أن يكفل كل بمقدار من الدين والكفالة التي تقع بهذه الصورة أي إذا كفل كل من الكفلاء بمقدار من الدين يقسم المكفول به على عدد الكفلاء مثلاً إذا قال ثلاثة نكفل بهذا الدين يقسم ذلك الدين على عددهم فيطالب كل منهم

وفي بعض المسائل قد يجتمع حكم الفقرتين الا [illegible]ثانية من هذه المادة مثلاً لو كفل ثلاثة أشخاص بألف وخمسمائة بعقد واحد معاً ثم جاء اثنان وكفل كل منهما الألف وخمسمائة قرش على حدة صح. ففي هذه الصورة يطالب كل من الثلاثة الأشخاص الأول بثلث الألف والخمسمائة ويطالب كل من الاثنين الآخرين بمجموع الدين ولا ينقسم المكفول به خمسة أقسام على عدد الثلاثة الكفلاء الأول والإثنين الآخرين.

لكن لو كانوا كفلاء على هذه الصورة معاً وكفل كل منهم المطالبة بالمبلغ الذي لزم في ذمة الآخر صح أنظر المادة (٦٤٥) وعلى هذه الحال كما في الصورة الأولى يطالب كل منهم بمجموع الدين. وفي هذه الصورة لا يقسم الدين على عدد الكفلاء. لأنه إذا كان الكفلاء على هذا التقدير اثنين يؤاخذ كل واحد منهما بالنصف بكفالته عن الأصيل وبالنصف الآخر بكفالة عن الكفيل.

مثلاً للكفيل أن يرجع على الأصيل رأساً في المثال السابق بدون مراجعة الكفيل الثاني.

كذلك لو كفل أحد بدين ألف قرش على آخر فجاء آخر ثم آخر وكفلا بالمبلغ المذكور فللدائن أن يطالب أحد هؤلاء الكفلاء الثلاثة بالمبلغ المذكور.

وإذا أدى أحد هؤلاء الثلاثة مجموع الدين أو بعضه فليس له أن يطلب من الاثنين الآخرين ثلثي ما دفع إلى الطالب ويقول لهما (أعطياني ثلثي ما دفعت لأنكما أنتما أيضاً كفيلان) ما لم يكن هؤلاء الثلاثة قد كفل بعضهم بعضاً على ما جاء في المادة (٦٤٥) وفي هذه الحال لذلك الشخص أن يرجع على ذينك الاثنين بثلثي ما دفعه إلى الطالب. وإذا وجد ذلك الشخص أحد الكفيلين الآخرين ولم يجد الآخر فله أن يرجع على ذلك الكفيل الموجود بنصف ما دفع ومن ثم للاثنين معاً أن يرجعا على الشخص الثالث بثلث الدين أي لكل منهما أن يرجع عليه بسدسه (الهندية قبيل الباب الخامس من الكفالة والتنقيح).

ولهؤلاء بعد ذلك أن يرجعوا على الأصيل إذا كانت كفالتهم بأمره.

أما إذا كفل ذانك الكفيلان الألف قرش معاً فيطالب كل منهما بنصف المبلغ المذكور (رد المحتار في اوائل الكفالة).

جاء (إذا كفل ذانك الاثنان معاً) فلو جاء بعد أن كفل ذانك الاثنان معاً ثلاثة وكفلوا بعقد على حدة الشيء نفسه فكما يطالب كل من الاثنين بنصف الدين يطالب كل من الثلاثة بثلث الألف قرش ولا يقال بما أن الكفلاء أصبحوا خمسة فيلزم أن يقسم الدين على عددهم.

ما لم يكن كل من هذين الكفيلين كفيلاً للآخر فتلزم كلاً المطالبة بالمبلغ الذي لزم ذمة الآخر فعلى تلك الحال يطالب كل منهما بالألف وأيهما دفعه يبرأ الثاني ولا يطالب الثاني مرة أخرى لأنه كما جاء في المادة (١٦٥١) لا يستوفى الحق الواحد من اثنين كل منهما على حدة.

﴿المادة ٦٤٨﴾ «لو اشترط في الكفالة براءة الأصيل تنقلب إلى الحوالة».

ويصبح الأصيل بريئاً من المكفول به وليس للطالب مطالبة سوى الكفيل - المحال عليه - كذلك لا يطالب في الحوالة كما هو مبين في المادة (٧٩٠) الأصيل - المحيل مع الكفيل - المحال عليه - أنظر المادة (٣).

كنا ذكرنا في المادة (٦٢١) أن الكفالة تنعقد وتنفذ بايجاب الكفيل فقط. ولكن الكفالة هنا بما أنها حوالة فيشترط فيها قبول الطالب والدائن لأنه يلزم في الحوالة كما جاء في المادة (٦٨٠) شرحاً ومتناً قبول الطالب والمحال له.

وهذه المادة وان كانت مسألة راجعة إلى الحوالة ويجب أن تأتي في كتاب الحوالة ولكن بما أنها والمادة الآتية توأمان يأتيان في الكتب الفقهية في مكان واحد والمادة الآتية من مسائل الكفالة فرأت المجلة إيراد هذه المادة في كتاب الكفالة مع أن كتاب الحوالة هو المكان اللائق بها.

﴿المادة ٦٤٩﴾ «الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة فلو قال أحد للمدين أحل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط أن تكون أنت ضامناً أيضاً فأحاله المدين على هذا الوجه فللطالب أن يأخذ طلبه ممن شاء.».

هذا العقد عقد كفالة مجازاً والمحال عليه هو الكفيل.

سؤال - بما أن الكفالة تشعر ببقاء الدين في ذمة المدين بعكس الحوالة فهي تنبئ عن زوال الدين من ذمة المديون وفي ذلك ما فيه من المباينة بينهما أو ليس من اللازم ألا يستعمل لفظ الكفالة في معنى الحوالة. وقد مر في شرح المادة (١٩١) أن الاقالة لا تنعقد بلفظ البيع لعدم احتمال استعمال البيع بمعنى الإقالة مجازاً لأن البيع والإقالة ضدان كل منهما يباين الآخر؟

الجواب - لما كانت الكفالة والحوالة قد شرعتا للاستيثاق أي لتأمين الدين وتوثيق المطلوب

فهما متفقتان في الفرض والقصد أي فليكن وجه الاستعارة فيهما قصد توثيق الدين، (شرح الهداية لمولانا: الله دادا الهند، ومثله في العناية).

فلو قال أحد للمدين أحل بمالي عليك من الدين على فلان بشرط أن تكون أنت ضامناً أيضاً فأحاله المدين على هذا الوجه وقبل المحال عليه الحوالة فللطالب أن يأخذ طلبه ممن شاء.

وكما أن للطالب أن يأخذ مطلوبه من المحال عليه بحسب كفالته يأخذ المدين المحيل لسبب كونه أصيلاً (أنظر المادة ٦٤٤) وإلا فيجري في هذه الحوالة حكم المادة (٦٩٠) أي عدم صيرورة المحيل بريئاً من الدين.

وفي الكفالة في هذه المادة إيجاب وقبول.

لكن بما أنه قد ذكر في المادة (٦٢١) أن الكفالة تنعقد وتنفذ بدون القبول وهذه المعاملة معدودة من الكفالة فتنعقد الكفالة بها وتنفذ بالايجاب فقط مثلاً لو قال أحد (قبلت الحوالة بعشر جنيهات ديناً عليّ لعمرو على أن يكون عمرو ضامناً) تنعقد الكفالة وتنفذ.

وقد ذكر هنا أن الحوالة التي تقع حسب هذه المادة تكون كفالة ولكن من منهما الكفيل والأصيل؟ فهذا لم يبين هنا. وقد ذكر في إحدى شروح الهداية أن الكفيل في الحوالة التي تقع على هذا الوجه هو المحال عليه والأصيل هو المحيل (المكفول عنه) وعبارة العيني (كما أن الحوالة - وهي نقل دين من ذمة إلى ذمة بشرط أن لا يبرأ بها أي بالحوالة المحيل وهو المدين - كفالة فحينئذ للطالب أن يطالب الكفيل أو المحيل لأنها كفالة فيتخير في طلب أيها شاء وهو معنى قوله ولو طالب الخ) وقد قبلت دار الفتوى هذا الوجه. وذلك كما بين في شرح المادة (٣).

والواقع أنه إذا لم ينتقل الدين الذي في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه يستلزم أن تكون كفالة المحيل بذلك الدين وأن يكون الدين ثابتاً في ذمة آخر وهذا ليس له معنى وفائدة مطلقاً أي بما أنه لا يحصل هنا ضم ذمة فلا يمكن اعتبار المحيل كفيلاً والمحال عليه أصيلاً. وفي هذه الحال من الضروري هنا إن نقول أن الكفيل هو المحال عليه.

لكن إذا قيل إن الكفيل هو المحيل اعتبر في ذلك عقدان أي أن الحوالة تنعقد بقول (أحلتك على فلان) وبذلك ينتقل الدين إلى المحال عليه وبقوله (على أني ضامن) يصبح المحيل كفيلاً وإذ لا يكون المحيل بذلك كفل دين نفسه. بيدأنه لأجل انتقال الدين على المحال عليه يلزم في ذلك قبول المحال عليه فلا تكون هذه المادة متفرعة على قاعدة (الاعتبار للمعاني، لا للألفاظ والمباني) والحال قد وردت هذه المادة في كتاب الكفالة الواردة في البحر على كونها متفرعة عن القاعدة المذكورة. وعبارة العيني هي: قوله إلّا إذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل كفالة اعتباراً للمعنى فيهما مجازاً لا للفظ وإذا صارت حوالة تجري فيها أحكامها وكذا في عكسه تجري أحكام الكفالة» انتهى.

لكن قد جاء في البحر في كتاب الحوالة «قوله برئ المحيل بالقبول من الدين غير شامل لما

إذا كان المحيل كفيلاً وهذه العبارة تفيد بأن الكفيل هو المحيل إلا أن معنى هذه العبارة الواردة في البحر هو أن تعقد الحوالة بلا شرط فتبرأ ذمة المحيل حسب المادة (٩٦٠) ثم يكفل المحيل ذلك الدين. فعلى هذا التقرير وان برئت ذمة المحيل من الحوالة التي وقعت قبلاً إلا أنه أصبح موآخذاً بكفالته التي وقعت بعد ذلك.

وبما أنه يمكن حمل العبارات التي تشير إلى أن الكفيل هو المحيل على معان أخرى فيلزم اعتبار الكفيل هو المحال عليه كما ذكر قبلاً وقد قبلته دار الفتوى العليا كما مر بيانه سابقاً.

﴿المادة ٦٥٠﴾ لو كفل أحد بدين أحد على أن يؤديه من المال المودع عنده يجوز ويجبر الكفيل على أدائه من ذلك المال ولو تلف المال لا يلزم الكفيل شيء ولكن لو رد ذلك المال المودع بعد الكفالة يكون ضامناً.

تكون الكفالة بايفاء دين من مال معين على أربع صور. **الصورة الأولى** أن يعطى من مال الأمانة الذي في يد الكفيل بسبب أنه لو كفل أحد بدين أحد بأمره على أن يؤديه من المال المودع عنده كالأمانة تجوز هذه استحساناً ويجبر الكفيل على ادائه من ذلك المال.

قالت المجلة (من ذلك المال) لأنه إذا كفل بعشرين جنيهاً ديناً على أن يؤديها من خمسة عشر جنيهاً التي في يده أمانة يجبر على أداء الخمسة عشر جنيهاً أما الخمسة جنيهات الباقية فبما أنه لم يبق في يده شيء من الوديعة والكفالة مقيدة بأن تؤدى منها فلا يجبر على أدائها. كذلك إذا لم يوف في الحوالة المقيدة بالدين ذلك الدين المحال به فليس المحال له أن يطلب من المحال عليه الباقي، (الذخيرة).

وهل المقصود من الأمانة الأمانة التي من جنس الدين؟ أم أنه أعم من ذلك ولا فرق في أن يكون من جنس الدين أو من جنس آخر، وبعبارة أخرى إذا كانت الأمانة عشرة جنيهات كالدين فالكفيل مجبر على اعطاء العشرة جنيهات. أما إذا كان الدين عشرة جنيهات والأمانة فرساً وكفل بالدين على أن يؤدي من الأمانة المذكورة فعلى الكفيل أن يبيع الأمانة ويوفي الدين من بدلها ولكن هل والحالة هذه يجبر على تحمل مشقة البيع ومؤونته؟

قد جاء في شرح المادة (٧٦١) أن العدل الذي وكل ببيع المرهون لا يجبر على البيع إذا كان الراهن حاضراً لكن يستفاد أن هذه الوديعة مقيدة بأن تكون من جنس الدين أما إذا كانت من غير جنس الدين فالحكم في ذلك محتاج للتحري أي أن هذه المسألة تحتاج إلى الحل.

وإذا تلف ذلك المال عند ذلك الشخص أي عند الكفيل فلا يلزمه شيء بناء على المادة (٧٧٧)؟ (رد المحتار) والقول في تلفه للكفيل (أنظر المادة ١٧٧٤).

فالمجلة لا تقصد بقولها (إذا تلف) الاحتراز عن شيء آخر فإذا غصبه صاحبه أو أجنبي من الوديع وأتلفه أصبح الوديع أي الكفيل بريئاً من الكفالة ولا يلزمه بعد ذلك ضمان.

لكن لو رد ذلك الشخص المال المودع بعد الكفالة على الوجه المشروح إلى صاحبه لم يسترده منه أو أخذه صاحبه باذنه يكون ضامناً ويؤاخذ بكفالته والمقصود بالرد هنا أن يعطى برضاء الكفيل. أما إذا أخذه الأصيل جبراً فليس الكفيل بمسؤول كما ذكرنا آنفاً.

وقد قيدت هذه الكفالة أثناء الشرح بقصد كونها وقعت بأمر صاحب الوديعة لأنه لا يستطيع في الكفالة بدون أمر أن يؤدي الدين من تلك الوديعة كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٩٦٣).

ومن الظاهر أن الكفالة بلا أمر على أن يعطي الدين من الوديعة على الوجه المشروح غير صحيح. أنظر الصورة الثانية الآتية.

وجاء في المجلة (يكون ضامناً). فهل يكون ضامناً بالمكفول به أي يلزمه إيفاؤه من ماله. يكون ضامناً بدل الوديعة. وسيأتي نظير ذلك في المادة (٧٥٤) أن انه ليس من العدل أي يعطى الرهن للراهن أو المرتهن بدون رضا الآخر وان أعطاه وتلف قبل استرداده ضمن بدل المرهون وليس الدين. وفي هذه الصورة إذا كان بدل الوديعة مساوياً للدين أو أقل منه يلزم اداء بدلها تاماً وعندما يكون بدلها أقل لا يؤاخذ الكفيل بالزيادة من الدين عن البدل وإذا كان البدل أكثر من الدين ضمن مقدار الدين أما الزيادة فيكون قد ردها إلى صاحبها.

الصورة الثانية، الكفالة على أن يوفى الدين من مال الأصيل. يعني إذا لم يكن في يد الذي سيصير كفيلاً مال كذا وديعة وكفل على أن يؤدي الدين من مال الأصيل ببيعه أو على أن يؤدي من مال الأصيل لا يصح لأنه ليس للكفيل صلاحية وحق في بيع مال المكفول عنه حتى يقتدر على ذلك وإذا وقعت كفالة على هذه الصورة فبما أنها تكون قد عقدت على وجه لا يكون الكفيل معه مقتدراً على التنفيذ فلا حكم لها. مثلاً لو قال أحد للمكفول له «من ضمان كردم ويذير يتم له باغ ويرا قروشم أن مال يتودهم» أو قال يذير فتيم كه أين مال أزكه وي بدهم» تجوز الكفالة (الأنقروي في الفصل الأول من الكفالة).

الصورة الثالثة، اضافة الكفيل الكفالة إلى ماله، مثلاً لو أضاف الكفالة إلى ماله كأن يكفل أحد بدين آخر على أن يوفي هذا الدين من ثمن داره هذه فإذا لم يبع الدار المذكورة أو احترقت قبل بيعها فلا يلزم الكفيل ضمان وإذا لم يبعها من نفسه لا يجبر على ذلك ولو فرض أن الدار بيعت بخمسمائة قرش لأنها لا تساوي أكثر من هذه القيمة والمكفول به ألف قرش فلا يلزم الكفيل ضمان غير مقدار ثمن المبيع.

كذلك لو كفل بدين فلان على أن يؤديه من ثمن فرسه وتلف الفرس قبل البيع فلا يلزم الكفيل شيء.

وإذا لم يبع الكفيل الفرس بنقود بل أبدلها ببغل كذلك لا يلزمه ضمان. أي لا يجبر على بيع

ذلك البغل بنقود لاداء الدين إلّا أنه ان باع أخيراً ذلك البغل بنقد فيؤمر بتأدية الدين لكن لو كفل أحد بدين على أن يؤديه من ثمن بغله ولم يشر إليه أي إذا لم يكن له بغل صحت الكفالة ولزم الضمان.

أما لو كفل بدين على أن يؤديه من ثمن ماله هذا عند بيعه صحت الكفالة ويجبر عند بيع ذلك المال باداء ذلك الدين. لأن الكفيل في هذه المسألة قد تعهد ببيع ماله.

وهذه المسألة غير المسألة السابقة.

الصورة الرابعة: أن يكفل الكفيل على أن يؤدي الدين من مال أجنبي.

أي إذا اضاف الكفيل كفالته إلى مال أجنبي فلا تصح هذه الكفالة. مثلاً لو كفل أحد بدين على أحد على أن يؤدي ذلك من ثمن هذا البغل وليس البغل مالاً لذلك الشخص فلا تصح الكفالة. (الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني والبزازية في الثاني في المعلقة).

﴿المادة ٦٥١﴾ لو كفل أحد بنفس شخص على أن يحضره في الوقت الفلاني وإن لم يحضره في الوقت المذكور فعليه أداء دينه فإذا لم يحضره في الوقت المعين المذكور يلزمه أداء ذلك الدين وإذا توفي الكفيل فإن سلمت الورثة المكفول به في الوقت المعين أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة فلا يترتب على طرف الكفيل شيء من المال وإن لم تسلم الورثة المكفول به أو هو لم يسلم نفسه يلزم أداء المال من تركة الكفيل ولو مات المكفول له طالب ورثته ولو أحضر الكفيل المكفول به واختفى المكفول له أو تغيب راجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلاً عوضاً عنه ويسلمه.

تصح الكفالة النفسية المضافة والكفالة بالمال المعلقة على شرط متعارف. فلو فرضنا أن المكفول عنه في الكفالة النفسية المضافة زيد والمكفول له بكر وكذلك في الكفالة المعلقة بشرط متعارف المكفول عنه زيد والمكفول له بكر فلو أحضر الكفيل زيداً في الوقت المعين وسلمه الى بكر فلا يلزمه شيء مالي لأنه كما بين في شرح المادة(٨٢) أن الشرط وهو في هذه المسألة عدم التسليم- إذا لم يثبت فلا يثبت ما علق عليه وهو في المسألة المذكورة الكفالة بالدين أي لا تثبت الكفالة بالدين أي يكون الشرط معدوماً.

وقد اشير بقول المجلة «أداء دينه» إلى مسألتين:

المسألة الأولى، قد بني عدم تعيين المقدار في قوله (أداء دينه) على الفقرة الثانية من المادة (٦٣٠). وعلى التقدير لو ثبت الشرط وثبتت كفالة الكفيل لزم الكفيل كل ما يقر به ذلك الشخص من المال أو يثبت عليه بشهادة الشهود.

وإذا اختلف المكفول له والكفيل فالقول للكفيل لأنه ينكر الزيادة أنظر المادة(٧٦) (الهندية في الفصل الخامس).

المسألة الثانية، ان تعبير (لاداء دينه) احترازي لأن الكفيل إذا لم يتعهد بتأدية دين المكفول عنه ولم يحضره في ذلك الوقت المعين وإنما تعهد الكفيل بإعطاء المكفول له رشوة (أي تعويض) وهذا لا يصح (عبد الحليم في الكفالة).

فإذا لم يحضره ولم يسلمه في الوقت المعين المذكور بدون سبب مشروع كأن يمرض الكفيل أو يحبس أو يختفي المكفول عنه فلم يعلم مقره وما أشبه ذلك من الأسباب المشروعة التي تجعله عاجزاً عن احضاره وتسليمه في الوقت المعين لزمه أداء ذلك الدين بناء على المادة(٦٣٦).

ولا يخلص الكفيل بمجرد تأديته الدين هكذا من الكفالة النفسية المضافة ويكون مطالباً بالكفالة بالنفس أيضاً،(الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني من الكفالة) لما بين الكفالة بالنفس والكفالة بالمال من المنافاة لأن كلتيهما للتوثق فلعل للمكفول له طلبة أخرى على المكفول عنه غير ذلك المال المكفول به كفالة معلقة (الدر المختار ورد المحتار).

أما إذا عجز الكفيل عن احضار المكفول به على الوجه المذكور آنفاً بأن حبس أو مرض أو اختفى المكفول عنه بحيث لا يمكن الإهتداء إليه فلا يترتب عليه شيء مالي لأن شرط الضمان عدم التسليم مع الإقتدار وبما أن الكفيل في هذه الصورة غير مقتدر على التسليم فلا ضمان عليه.

غير أنه إذا عجز الكفيل عن احضار المكفول عنه بأن مات أو حبس يلزمه أداء دينه كما هو مذكور في الهندية لأنه وإن بطلت الكفالة بالنفس لوفاة المكفول عنه أي سقطت عن الكفيل فلا تبطل الكفالة بالمال بها، وموت المطلوب وإن أبطل الكفالة بالنفس فإنما هو في حق تسليمه الى الطالب لا في حق المال (رد المحتار).

وقيد صاحب فتح القدير وفاة المكفول عنه في هذه الصورة بعد الوقت الذي شرط فيه التسليم. وبهذا يزول إشكال المسألة وهو أن شرط الضمان هو عدم الموافاة مع القدرة ولا شك أنه لا قدرة على الموافاة بالمطلوب بعد موته فإذا قيد الموت بما بعد الغد يكون قد وجد شرط الضمان قبله لأن فرض المسألة عدم الموافاة به غداً (رد المحتار).

لكن قد جاء في الهندية في الفصل الخامس من الكفالة وإذا كفل بنفس فلان قائلاً انني إن لم اوافِ به غداً فالمال الذي عليه للطالب فهو عليّ فمات المكفول به قبل مضي الغد ثم مضى الغد يصير كفيلاً بالمال.

فبين ما جاء في الهندية وما جاء في فتح القدير مباينة.

وكذلك جاء في المجلة(أن يحضره في الوقت الفلاني) لأنه إذا كفل الكفيل بتسليم المكفول عنه في أي وقت يطلبه المكفول له ولم يسلمه في الوقت المذكور فعليه دينه فإذا طلبه المكفول له بعد وفاته

فلا يلزم الكفيل أداء دينه. لأنه لما كانت المطالبة لا تصح بعد الموت إذ لا يتحقق العجز الذي يوجب المال فلذلك لا يلزمه (رد المحتار، والهندية في الفصل الخامس).

لو أبرأ المكفول له الكفيل بعد أن كفل كفالة حسب هذه الفقرة من هذه المادة من الكفالة النفسية ولم يحضر الكفيل المكفول عنه فلا يترتب عليه شيء مالي لأنه لما كان شرط الضمان بقاء الكفالة النفسية فقد زال بالإبراء وطولب بالفرق بينه وبين موت المطلوب فإنها بالموت زالت أيضاً واجيب بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه والإنفساخ بالموت إنما هو لضرورة العجز عن التسليم المقيد فيقتصر إذ لا ضرورة إلى تعديه إلى الكفالة بالمال كذا في الفتح، نهر(رد المحتار).

وقالت المجلة (فإذا لم يحضره) لأن لو كفل بأداء دينه على أن يحضر فلاناً في الوقت الفلاني فلا يلزم الكفيل ضمان وإن أحضره في ذلك الوقت لبطلان التعليق لأن الكفيل هنا إذا شرط على المكفول له أن يعمل خيراً ويتصدق به للزومه ماله فذلك شرط غير متعارف ولا يجوز التعليق عليه (رد المحتار)

ولا يلزم الكفيل في الكفالة كما وضح آنفاً ضمان إذا أحضره في الوقت المعين. أما إذا لم يحضره فيلزمه ضمان المال وإذا اختلف الطرفان المكفول له والكفيل في احضار المكفول به وتسليمه وأثبت الكفيل احضاره وتسليمه فيها ونعمت وإلا فالقول بلا يمين للمكفول له ويلزم الكفيل ضمان المال. قال في التنوير وشرحه فالقول للطالب لأنه منكرها «أي الموافاة» ولكون الأمر على ما كان في الإبتداء ولا يمين على واحد منهما لأن كلا منهما مدع فالكفيل يدعي البراءة والطالب الوجوب ولا يمين على المدعي عندنا (رد المحتار).

وإذا توفي الكفيل قبل الوقت المعين وسلمت الورثة المكفول به في الوقت المعين بناء على مطالبتهم بإحضاره وتسليمه أو سلم المكفول به نفسه قبل مرور الوقت المعين من جهة الكفالة مصرحاً بذلك. فلا يترتب على طرف الكفيل شيء مالي وإن لم يقبل المكفول له، لأنه كما جاء في شرح المادة(٨٢) قبل ثبوت الشرط ينعدم الشيء المعلق عليه.

لأنه إذا ثبت ذلك الشيء قبل وجود الشرط لزم وجود المشروط بدون الشرط.

وإذا لم تسلم الورثة المكفول به نفسه أو لم يسلم المكفول به إلى ذلك الوقت المعين من جهة الكفالة ومر الوقت المذكور يلزم أداء المال من تركة الكفيل لأن الشرط المعلق عليه في الكفالة إذا تحقق طولب الكفيل به بناء على الحكم الثاني من الأحكام الأربعة المحررة في شرح المادة(٦٣٦)

وإذا توفي المكفول له فلوارثه أن يطالب باحضار المكفول به في الوقت المعين على الوجه المذكور وإذا لم يحضره فله أن يطالب بالمال.

قد ذكر في المجلة المسائل المتعلقة بوفاة الكفيل والمكفول له وفيما يلي بيان في كيفية الحكم إذا توفي المكفول عنه:

إذا توفي المكفول عنه بعد الوقت الذي شرط تسليمه فيه بطلت الكفالة النفسية أما الكفالة المالية فتبقى ، وإذا توفي قبل ذلك لزمت الكفالة المالية أيضاً كما ذكر في الهندية.

أما بالنظر إلى قول صاحب الفتح فتبطل الكفالة هذه أيضاً وقد ذكرنا قولاً في ذلك.

ولو أحضر الكفيل المكفول به في الوقت المعين واختفى المكفول له أو تغيب أي إذا اختفى كي لا تسلم إليه نفس المكفول به وتنعقد الكفالة بالمال فيراجع الكفيل الحاكم على أن ينصب وكيلاً عوضاً عنه ويستلمه. ويبرأ الكفيل بتسليمه المكفول به إلى ذلك الوكيل، (الدر المختار، ورد المحتار).

وهذا الوكيل أحد الوكلاء الذين ينصبهم الحاكم عن الغائبين وسيأتي الباقي في شرح المادة(١٨٣٠) في كتاب القضاء.

كذلك إذا كفل أحد آخر على أنه إذا لم يسلمه في الوقت الذي يطلب تسليمه منه فعليه دينه فإذا لم يسلمه في الوقت الذي يطلب منه تسليمه فيه فلا يلزمه الدين.

(إذا أراد التسليم) معناها التشبث بالإحضار والتسليم حسب بيان شيخ الإسلام(الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني). وإلا فليس في الإمكان التسليم في الوقت الذي يريده.

صور ثلاث للكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة.

في هذا الباب ثلاث صور:

الأولى- أن يكون الطالب والمطلوب- المكفول له والمكفول عنه- في الكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة- واحداً كما مر معنا في شرح هذه المادة وبعبارة أخرى أن يكون المكفول له والمكفول عنه في الكفالة النفسية هما نفسيهما في الكفالة المالية المعلقة كما جاء في المجلة. لأن بكراً المكفول له في المتن المذكور مكفول له في الكفالة النفسية والكفالة المالية معاً كما أن زيداً مكفول عنه في الإثنين معاً أيضاً.

فالكفالة النفسية المضافة والكفالة المالية المعلقة على هذه صحيحتان.

وبما أن تفصيل ذلك وإيضاحه قد مر ذكره في متن هذه المادة وشرحها فلا لزوم إلى إعادته هنا.

الثانية- أن يتعدد المطلوب- المكفول عنه- في هاتين الكفالتين والمكفول له واحد فيهما.

وهذه الصورة صحيحة عند الإمامين كما هو مذكور في البزازية وعند الإمام ابي يوسف على قول فقط (رد المحتار) وهذه الصورة لم تأت عليها المجلة.

مثلاً- لو كفل أحد بنفس عمرو على أن يسلمه غداً إلى زيد وإذا لم يسلمه يكون كفيْلاً بدين زيد الذي على بكر وكان عمرو أجنبياً عن بكر بالكلية أي أن الكفالة صحيحة ولو لم يتعلق الدين

المكفول به بوجه كأن يكون مشتركاً أو يكفل الشركاء بعضهم بعضاً. حتى أنه لا يلزم ضمان المال المكفول به إذا سلمه في الوقت العين،(الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني) وفي هذه الصورة المكفول له في الكفالة النفسية والمالية (زيد) والمكفول عنه في الكفالة النفسية (عمرو) وفي الكفالة المالية (بكر)

الثالثة- تعدد الطالب (المكفول له) في الكفالتين. وهذه الصورة ليست صحيحة سواء أكان المكفول عنه في الكفالتين واحداً أو متعدداً فتبطل الكفالة في الصورتين أيضاً: مثلاً لو كفل أحد بنفس آخر على أن يسلمه إلى أحد وإذا لم يسلمه إليه يكون كفيلاً بمطلوب الشخص الفلاني على ذلك الشخص فلا تكون الكفالة المالية صحيحة لأن ذلك تعليق على شرط غير متعارف.

كذا لو كفل شخص بنفس آخر على أن يسلمه غداً إلى فلان وإذا لم يسلمه يكون كفيلاً بدين فلان على فلان فالكفالة الثانية- الكفالة المالية- ليست صحيحة. (أنظر شرح المادة ٦٣٦) «البزازية والهندية»

أما لو كفل أحد بنفس مدين ولدى مطالبة المكفول له ذلك الشخص بالمدين كفل آخر نفس ذلك الشخص على أن يحضره ويسلمه في الوقت الفلاني إلى المكفول له وإذا لم يسلمه يكون كفيلاً بدين المدين المذكور كان صحيحاً. وليس هذا كالذي عليه مال ولم يكفل به أحد كذا في (كافي الحاكم) (رد المحتار).

مسألة أولى- لو كفل أحد نفس آخر على أن يحضره في الوقت الفلاني وإذا لم يحضره يكون كفيلاً باعطاء المكفول له مائة قرش(أي أنه لم يقل أنا كفيل بدين المكفول له على المكفول به) ولم يحضره في الوقت المعين ينظر: فإذا أقر الكفيل بأن الدين الذي للمكفول له على الأصيل مائة قرش طولب الكفيل بها وإذا ادعى الكفيل أنه ليس للمكفول له على الأصيل دين ما وبما أن كفالته على تلك الصورة إقرار معلق للمكفول له الطالب وهو غير صحيح بناء على ما جاء في شرح المادة(٨٢) فالقول للطالب على أن له مائة قرش على الأصيل وأن الكفيل قد كفلها كفالة معلقة على الموافاة. أما على رأي الإمام الأعظم والإمام ابي يوسف رحمهما الله تعالى فيلزم الكفيل ضمان المبلغ المذكور أما لو كفل أحد نفس آخر على أن يحضره في الوقت الفلاني وتعهد بإعطاء المكفول له مائة قرش على أنها ليست من الدين إذا لم يحضره فقد اختلف العلماء في ذلك:

فقد ذهب بعضهم إلى أنه لا يلزم الكفيل شيء وبعضهم حمل ذلك على دين آخر للمكفول له على المدين ولذلك قالوا باقتضاء إعطاء المائة قرش إذا لم يحضره في الوقت المعين(الهندية في الفصل الخامس من الباب الثاني).

مسألة ثانية - إذا ادعى أحد على آخر بحق ولم يبين ذلك الحق فتقدم إليه شخص قائلاً (أترك هذا الرجل وأنا كفيل بنفسه وإذا لم أحضر غداً أكون كفيلاً بحقك المذكور) فإذا لم يسلمه الكفيل في الغد لزم الكفيل ضمان ذلك الحق. والقول للمكفول له في بيان ما هو الحق. لأنه يدعي

الصحة والكفيل يدعي الفساد (وفي النهاية) فإذا بين المدعي ذلك عند القاضي ينصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى والملازمة فيظهر صحة الكفالة بالنفس والمال جميعاً ويكون القول قوله في هذا البيان لأنه يدعي صحة الكفالة (رد المحتار).

كذا لو ادعى أحد على آخر بعشرة جنيهات ولم يبين وضعها أنها جنيهات عثمانية أو افرنسية فتقدم شخص قائلاً (أترك هذا الرجل وأنا كفيل بنفسه وإذا لم أحضره غداً فعلي العشرة جنيهات) فإذا لم يسلمه لزم الكفيل ضمان العشرة جنيهات والقول للمكفول له في بيان وضعها.

كذلك إذا قال عندما أراد أن يكفل بنفس أحد (أنا كفيل بنفس فلان وإذا لم أسلمه غداً فأنا كفيل بالشيء الذي للطالب) فإذا لم يسلمه في اليوم المذكور لزمه ضمان المال. وفي هذه الصورة لو قال الكفيل للطالب ليس لك على فلان دين فالقول على عدم العلم مع اليمين للكفيل.

كذا إذا اختلف الكفيل والمكفول عنه فقال الكفيل إن الدين الذي للطالب عليك مائة قرش وقال المكفول عنه إن ما علي من الدين للطالب مائتا قرش يكون إقرار المكفول عنه قاصراً على نفسه ولا يؤاخذ الكفيل بأكثر من مائة قرش إلا ببينة ما لم يقل (إذا لم أسلمه غداً فأنا ضامن بما يقر به المكفول عنه) وحينئذٍ يضمن الكفيل ما يقر به المكفول عنه. ولو قال فعليه ما يدعي الطالب ولو ادعى ألفا وأقر له بها المطلوب فالقول للكفيل مع يمينه على عدم علمه (رد المحتار).

مسألة ثالثة – لو كفل أحد بنفس آخر على أن يسلمه في اليوم الفلاني في الوقت الفلاني في المسجد الفلاني إلى الشخص الفلاني وإذا لم يسلمه كفل بماله وشرط البراءة من الكفالة إذا أحضره إلى المحل المذكور ولم يجد الرجل المعين للتسليم ووجد في الوقت المعين في ذلك المحل ولم يجد ذلك الشخص أي الطالب فإن كان غائباً وأشهد على ذلك برئ الكفيل من الكفالة المالية والنفسية وإذا كان الكفيل كفيلاً بكفالة نفسية فقط فالحكم على هذا المنوال أيضاً. (الهندية في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكفالة).

﴿المادة ٦٥٢﴾ إن كان الدين معجلاً على الأصيل في الكفالة المطلقة ففي حق الكفيل أيضاً يثبت معجلاً وإن كان مؤجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل أيضاً يثبت مؤجلاً.

أي ان الدين في الكفالة المطلقة وهي التي تقع بدون ذكر شرط التأجيل أو التقسيط ويقال لها أيضاً الكفالة المرسلة – يجب في حق الكفيل كما يجب في حق الأصيل فإن كان الدين معجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل أيضاً يثبت معجلاً وإن كان مؤجلاً على الأصيل ففي حق الكفيل أيضاً يثبت مؤجلاً وإن كان مقسطاً على الأصيل ففي حق الكفيل يثبت مقسطاً وفي هذا قد تبع الفرع الأصل. (الأنقروي في مسائل شتى من الكفالة). **وقد مرت هذه المسألة في المادة (٦٣٥).**

مثال للمعجلة، لو كفل أحد بما في ذمة آخر معجلاً كفالة مطلقة لزم الكفيل أداء ذلك المال في الحال.

مثال للمؤجلة، لو كفل شخص بألف قرش في ذمة أحد الناس من ثمن البيع كفالة مطلقة مؤجلة لسنة فكما أنه ليس للمكفول له أن يطالب الأصيل بالمبلغ المذكور فليس له أن يطالب الكفيل به أيضاً (البهجة).

مثال للمقسطة، لو كفل أحد بدين على آخر كفالة مطلقة والدين مؤجل ومقسط على عشرة أشهر على أن يدفع منه في كل شهر عشرة قروش فكما أنه لا يحق لذلك الشخص أن يطالب الأصيل بالمبلغ المذكور كله قبل حلول الأجل للأقساط فليس له أن يطالب بها الكفيل (النتيجة).

وقيد المطلقة هنا احتراز عن المقيدة وسيأتي في المادة الآتية حكم الكفالة المقيدة.

﴿المادة ٦٥٣﴾ يطالب الكفيل في الكفالة المقيدة بالوصف الذي قيدت به من التعجيل أو التأجيل.

والتقسيط أيضاً. لأنه يراعي الشرط بموجب المادة (٨٣) بقدر الإمكان. ويكون التأجيل إلى الوفاة أيضاً مثلاً لو قال أحد (أنا كفيل بالدين الذي على فلان على أن لا أؤديه في حياتي) صح. ويستوفي بعد وفاة الكفيل من تركته أما لو قال إنني كفيل بالألف قرش التي على فلان دين على أن لا أدفعها كانت الكفالة باطلة (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

ويستفاد من ذكر مطالبة الكفيل كفالة مطلقة أنه تجوز كفالة الدين الحال مؤجلة أيضاً، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

للكفالة المقيدة التي تقع معجلة أو مؤجلة تسع صور: لأن الدين إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً والكفالة إما أن تكون حالية أو مؤجلة أو مقسطة فيحصل من ذلك تسع مسائل:

١ - الكفالة الحالية بدين حالي.
٢ - الكفالة المؤجلة بدين حالي.
٣ - الكفالة بدين حالي مقسطة.
٤ - الكفالة المؤجلة بدين مؤجل.
٥ - الكفالة الحالية بدين مؤجل.
٦ - الكفالة المقسطة بدين مؤجل.
٧ - الكفالة المقسطة بدين مقسط.
٨ - الكفالة الحالية بدين مقسط.
٩ - الكفالة المؤجلة بدين مقسط.

وكلها صحيحة.

وإنما يلزم في شرح المادة الآتية ان ينظر في المسألة الثانية. فإذا كان الكفيل كفيلاً كفالة معجلة أو كفيلاً كفالة مؤجلة أو مقسطة يطالب الكفيل بالكفالة المعجلة حالاً وبالكفالة المؤجلة عند

حلول الأجل وبالكفالة المقسطة عند حلول أجل القسط.

مثلاً لو كفل أحد بدين معجل كفالة مؤجلة فالدائن مخير. إن شاء طالب الأصيل به حالا وإن شاء طالب الكفيل به عند حلول الأجل.

كذلك على الدائن أيضاً الإنتظار إلى حلول أجل القسم المؤجل وحينئذٍ فإن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل.

الإختلاف في الصفة والقيد - إذا اختلف الكفيل والطالب فقال الطالب (انك كفلت في الحال) وقال الكفيل (إنني كفلت بالدين مؤجلاً إلى شهر وعلى ذلك فليس لك حق المطالبة قبل حلول الأجل) فالقول مع اليمين للكفيل لأن الكفيل منكر المطالبة في الحال (رد المحتار).

أما الحكم في الإقرار فليس كذلك فلو أقر أحد بأن علي لفلان ألف قرش مؤجلة إلى شهر وبعد ذلك لو أقر المقر له بأن المبلغ المذكور معجل فالقول للمقر له. والفرق هو أن المقر بعد أن يقر بالدين يدعي بتأخير المطالبة شهراً لنفسه أما الدائن بما أنه منكر تأخير المطالبة فالقول للمنكر والبينة على المدعي أي المقر (أنظر المادة ٧٦). أما في المسألة المذكورة فلم يقر الكفيل بالدين لأن الدين ليس على الكفيل على قول بعض الفقهاء والذي يثبت في حقه إنما هو مجرد المطالبة. فإذا ادعى الطالب حق المطالبة في الحال وانكر الكفيل ذلك فالقول للكفيل والبينة على الطالب. وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب أو بالدرك فإنما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر (رد المحتار).

﴿المادة ٦٥٤﴾ كما تصح الكفالة مؤجلة بالمدة المعلومة التي أجل بها الدين كذلك تصح مؤجلة بمدة أزيد من تلك المدة أيضاً أو أقل منها.

ولا يطالب الكفيل قبل حلول الأجل وقد بين في شرح المادة الآنفة أنه تصح كفالة الدين الحالي كفالة مؤجلة.

مثلاً كما تصح كفالة الدين المؤجل إلى شهر كفالة مؤجلة تصح كفالته كفالة مؤجلة إلى خمسة عشر يوماً فقط ولا يطالب الكفيل بالدين قبل حلول الأجل المسمى، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

عودة الأجل بعد السقوط في حق الكفيل - لو باع الكفيل مالاً للأصيل وسلمه إلى الطالب قبل حلول الأجل وبعد تأدية المكفول به على هذا الوجه ضبط المال المذكور بالإستحقاق أو رد بخيار العيب بحكم الحاكم عاد الأجل. أي أن الكفيل يطالب بالمكفول به عند تمام الأجل. أما إذا أقال المكفول له البيع أو رد المبيع بخيار العيب بدون حكم الحاكم فلا يعود الأجل ويطالب الكفيل في الحال (أنظر شرح المادة ١٩٦) ولو لم يبعه مالاً ولكن قضاها وعجلها فوجدها ستوقة فردها كان المال على الكفيل إلى أجله وكذلك لو وجدها زيوفاً أو مبهرجة وردها بقضاء أو بغير قضاء (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

«سقوط الأجل بوفاة الأصيل أو الكفيل أو بوفاتهما».

قلنا أن الكفيل لا يطالب قبل حلول الأجل. لكن يسقط الأجل في حق الكفيل بوفاته. ويستوفي المكفول به حالاً من تركته. أما الأجل فلا يسقط في حق الأصيل بوفاة الكفيل.

وعليه إذا أدى الورثة المكفول به من التركة كان لهم الرجوع على الأصيل لكون الكفالة بالأمر فلهم الرجوع عليه عند تمام الأجل. وليس لهم قبل ذلك.

كذلك لو أدى الكفيل في حياته الدين المؤجل حالاً فله الرجوع على الأصيل عند تمام الأجل فيما لو كان له ذلك فإن كانت الكفالة بأمره وليس له الرجوع قبل ذلك.

كذلك إذا توفي الأصيل بطل الأجل في حقه وحل الدين. أما الأجل فلا يبطل في حق الكفيل لوفاة الأصيل حتى لو أراد المكفول له تضمين الكفيل فهو مخير بين الإنتظار إلى حلول الأجل أو طلبه من التركة فيؤدى إليه حالاً.

وإذا توفي الأصيل والكفيل كلاهما فالأجل يبطل في حقهما فإن شاء الطالب استوفى الدين من تركة الأصيل حالاً وإن شاء من تركة الكفيل، لأن الدين يثبت في ذمتهما بعد الوفاة كما هو ثابت قبل ذلك. (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة والدر المختار ورد المحتار).

مسألة أولى - لو كان لأحد على آخر دين معجل كأن يكون ثمن مبيع وأجل على أن يكفل به فلان. يصح التأجيل إذا كانت كفالة فلان مقبولة سواء أكان ذلك الشخص حاضراً أو غائباً أما إذا كانت غير مقبولة فلا يصح التأجيل. (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

مسألة ثانية - لو كفل أحد بدين معجل غير القرض كفالة مؤجلة إلى مدة معلومة فيؤجل الدين في حق الأصيل والكفيل أيضاً، (وإن اتفقا أي الشاهدان في الزمان والمكان واختلفا في الأجل وكانت الدعوى في الكفالة بالمال فقال أحدهما كفيل به إلى شهر وقال الآخر إلى شهرين فإن كان المدعي يدعي أقرب الأجلين فالقاضي يقبل شهادتهما وإن كان يدعي أبعد الأجلين لا يقبل شهادتهما (الهندية في المحل المزبور).

لأن التأجيل في حق الكفيل يستلزم التأجيل في حق الأصيل أيضاً. لكن إذا شرط الطالب وقت الكفالة التأجيل للكفيل فقط أو أضاف التأجيل إلى نفس الكفيل فلا يؤجل الدين في حق الأصيل. أما إذا كفل قرضاً كفالة مؤجلة ثبت التأجيل في حق الكفيل دون الأصيل، (الدر المختار ورد المحتار).

. ولو قال الكفيل أجلني وأضاف الأجل إلى نفسه على ما مر ذكره ثبت الأجل في حق الكفيل فقط وإذا قال للطالب أجل الدين ولم يضف الأجل إلى نفسه وقبل الطالب ثبت التأجيل في حق الأصيل والكفيل معاً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس من الكفالة).

مسألة ثالثة - لو ادعى أحد على آخر (أنه كفيل بألف قرش على فلان من جهة القرض

كفالة حالية، وأنكر الكفيل الكفالة مطلقاً أو أقر بالكفالة وادعى التأجيل وشهد بعض الشهود بأنها مؤجلة إلى سنة والبعض الآخر شهد أنها حالية تثبت الكفالة معجلة في الصورتين (الهندية في الباب الثالث من الكفالة).

﴿المادة ٦٥٥﴾ لو أجل الدائن دينه في حق الأصيل يكون مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل أيضاً. والتأجيل في حق الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني أيضاً، وأما تأجيله في حق الكفيل فليس بتأجيل في حق الأصيل.

أي لو أجل الدائن دينه في حق الأصيل وكان الكفيل مطالباً بالدين معجلاً كأن كفله كفالة مطلقة يكون مؤجلاً في حق الكفيل وكفيل الكفيل أيضاً لأن الفرع يتبع الأصل.

وعليه ليس للدائن أن يطالب الأصيل والكفيل بالمبلغ المذكور قبل حلول الأجل. أما إذا رد الأصيل التأجيل فلا يبقى له حكم ويطالب الكفيل والأصيل حالاً به (الدر المختار، ورد المحتار).

وإذا وجد كفيل للكفيل يكون التأجيل في حق الكفيل الأول تأجيل في حق الكفيل الثاني أيضاً لأن الكفيل بالنسبة إلى الثاني كالأصيل وكفيل الكفيل كالكفيل عن المكفول عنه مباشرة.

والمقصود من الكفيل الأول هنا كما بيناه شرحاً هو الكفيل الأول الذي يكفل حسب المادة (٦٢٦) أما إذا كفل عمرو بدين بعد أن كفله به زيد على ماجاء في المادة (٦٢٧) فلا يؤجل الدين في حق عمرو إذا أجله الدائن في حق زيد كما لو أبرأ الدائن زيداً من الكفالة فلا يستلزم ذلك ابراؤه عمراً من الكفالة أيضاً. والابراء الموقت أي التأجيل في هذه المسألة كالابراء المؤبد.

أما لو أجله الدائن في حق الكفيل الأول أو الثاني وقبل الكفيل صح ولكن تأجيله في حق الكفيل ليس بتأجيل في حق الأصيل لأن الأصل لا يتبع الفرع.

وعليه فللطالب ان شاء أن يطالب بالدين الأصيل حالاً وإن شاء أن يطالب الكفيل بعد حلول الأجل وعلى هذا فلو أدى الكفيل الدين قبل حلول الأجل فليس له الرجوع على الأصيل قبل حلوله أما إذا رد الكفيل التأجيل فيرد ويطالب بالمكفول حالاً (رد المحتار) لكن تأجيل الدين الذي يقع في حق الكفيل على هذه الصورة لا يعتبر في حق الأصيل إنما هو فيما لو أجل الطالب الدين عن الكفيل **بعد أن كفل به كفالة حالية أما لو كفل بدين قرضاً كفالة مؤجلة فيكون ذلك** الدين مؤجلاً في حق الأصيل والكفيل كليهما معاً.

مسألة أولى - إذا أجل الكفيل المكفول عنه صح ذلك بينهما وليس بصحيح في حق المكفول له ولا يكون المكفول له قد أجل دينه. أما لو أجل المكفول له المدين صح ذلك في حق المدين والكفيل كليهما كما هو مبين في المجلة (الهندية في أواخر الباب الثاني من الكفالة).

مسألة ثانية - إذا اجتمعت آجال انقضت في مدة واحدة مثلاً لو أجل أحد الأصيل والكفيل

سنة بعد أن أجلها شهراً كان الشهر داخلاً في السنة وينتهي الأجل الأول والثاني في وقت واحد. ولا يعد كل منهما على حدة ويكون الأجل سنة وشهراً (الهندية في المحل المزبور).

﴿المادة ٦٥٦﴾ المدين مؤجلاً لو أراد الذهاب إلى ديار أخرى وراجع الدائن الحاكم وطلب كفيلاً يكون مجبوراً على إعطاء الكفيل.

وله أن يطلب رهناً أيضاً. وإذا لم يعط المدين كفيلاً أو رهناً فالحاكم يمنعه عن السفر. والحكم على هذا المنوال فيما لو كان المدين حالاً. ولا يقال للدائن عليك أن تذهب إلى حيث يذهب المدين وتطالبه بالدين عند حلول الأجل. لأنه لو كان الدائن مجبراً على ذلك كان له طلب نفقات السفر فضلاً عن الدين (رد المحتار. وواقعات المفتين).

وكما أنه لا يجبر على اعطاء عدة كفلاء فإذا لم يكن يريد السفر فلا يجبر على اعطاء كفيل واحد، (التنقيح، الأنقروي).

كذلك إذا أراد الأصيل الذهاب إلى ديار أخرى فللكفيل أن يمنعه عن السفر بقوله (ادِّ الدين إليّ أو إلى الطالب أو خلصني من الكفالة بابراء المكفول له إياي منها) وذلك إذا وقعت الكفالة بأمر الأصيل أما إذا لم تكن بأمره فليس له منعه لأن الذي يكفل بدون أمر يكون متبرعاً وليس له من حق في مطالبة الأصيل. حتى أنه لا يأثم بالامتناع من تسليم نفسه معه (الدر المختار، ورد المحتار في آخر الكفالة).

كذلك للكفيل بالنفس أن يمنع الأصيل عن السفر بقوله (سلم نفسك إلى الطالب وخلصني من الكفالة) وذلك إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل وإلا فليس له ذلك.

﴿المادة ٦٥٧﴾ لو قال أحد لآخر أكفلني عن ديني الذي هو لفلان فبعد أن كفل وادى عوضاً بدل الدين بحسب كفالته لو اراد الرجوع على الأصيل يرجع بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدي وأما لو صالح الدائن على مقدار من الدين يرجع ببدل الصلح وليس له الرجوع بمجموع الدين مثلاً لو كفل بدراهم جياد فاداها زيوفاً رجع على الأصيل بدراهم جياد وبالعكس لو كفل بزيوف وادى جياداً رجع على الأصيل بزيوف لا بجياد وكذا لو كفل بكذا دراهم فصالح على عروض رجع على الأصيل بالدراهم التي كفلها وأما لو كفل بالف قرش وادى خمسمائة صلحاً رجع على الأصيل بخمسمائة.

لو قال أحد لآخر أكفلني أو أضمني عن ديني الذي لفلان فقد أمره بكفالته عن دينه فبعد أن كفله وادى ذلك الدين عنه فله الرجوع على الأصيل ويلزم أن تكون الكفالة واقعة بأمر الأصيل

حتى يمكن الكفيل الرجوع عليه بما أداه. وقد اختلف في صورة الأمر الذي يوجب الرجوع فالكفالة التي تقع بقول المدين لآخر (أكفلني عن ديني الذي لفلان بشرط أن يكون ما تضمنه علي) تكون موجبة للرجوع في حق الطرفين. أما لو قال أضمن ديني الذي لفلان وكفل بناء على هذا الأمر فلا يوجب ذلك الأمر الرجوع للمشار إليهما. لأنه يحتمل أن يكون الغرض من هذا الأمر الرجوع أو طلب التبرع فلا يلزم الأمر المال ما لم يكن خليط المأمور.

لكن على رأي الإمام الثاني لو قال أضمن ديني الذي لفلان فذلك يوجب الرجوع وان لم يقل (عني) وأجمعوا على أن المأمور لو كان خليطاً رجع وهو الذي في عياله من ولد أو والد أو زوجة أو أجير الشريك شركة عنان قال في الأصيل والخليط أيضاً الذي يأخذ منه ويعطيه ويداينه ويضع عنده المال والظاهر أن الكل يعطى لهم حكم الخليط وتمامه فيه انتهى (رد المحتار بتغيير ما) وظاهر عبارة المجلة يوافق ما ذهب إليه الإمام المشار إليه ويستفاد مسألتان بقول المجلة إذا أدى:

المسألة الأولى - لو أدى الكفيل الدين بعد أن اداه الأصيل وهو غير عالم بتأديته فله استرداد مبلغه من الدائن (أنظر المادة ٩٧) وليس له الرجوع على الأصيل به وان كانت كفالته بأمره.

كذلك الحكم فيمن يؤدي الدين متبرعاً لأنه في هذه الصورة لا يكون مؤدياً الدين لأن الأصيل أداه من قبل (رد المحتار، والأنقروي؛ وعلي افندي).

المسألة الثانية - ليس للكفيل أن يطلب الدين من الأصيل وهو لم يؤده وان كان كفيلاً بالأمر. لأن الكفيل يملك دين المكفول على أن الأصيل بعد ادائه وليس قبل ذلك ولكن لو اعطى الاصيل الى الكفيل قبل ان يؤديه على أن يؤديه إلى الأصيل فليس له استرداده ولو لم يؤده الكفيل إلى الطالب بعد (رد المحتار) لأن القاعدة الفقهية هي لو أعطى أحد شيئاً لغرض صحيح فليس له استرداد ذلك منه ما بقي ذلك الغرض. ولما كان الغرض في هذه المسألة تأدية الدين، فقد تعلق بحق الكفيل الذي قبض الدراهم وما بقي ذلك الغرض. فلا تسترد الدراهم ما لم يؤد الأصيل بعد ذلك الدين فله استردادها في هذه الحال وكذا إذا أجل الطالب الدين على الأصيل فله استردادها أيضاً (رد المحتار).

أما إذا لم يكن الكفيل كفيلاً بأمر الأصيل فنهى الأصيل عن اعطاء المكفول به من المال الذي أعطاه إياه معتبر. أما إذا لم يعط الأصيل ذلك بقصد اعطائه إلى الطالب واعطاه على سبيل الأمانة فله استرداده وليس للكفيل أن يمتنع عن اعادته، بقوله أعطيته إلى الطالب بمقتضى كفالتي عنك. (الأنقروي في مسائل شتى من الكفالة، والدر المختار، ورد المحتار) بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة بأن قال الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون للأصيل أن يسترده من يد الكفيل لأنه تعلق بالمؤدي حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه ما لم يقض دينه (التنقيح في الكفالة).

وحق الكفيل بالأمر بعد التأدية هو الرجوع على الأصيل بناء على هذه المادة ولا دخل له بالرهن مثلاً لو أدى الكفيل بدين ذي رهن ذلك الدين واسترد من الدائن الرهن فليس له أن يمسكه عنده كرهن (الأنقروي في المحل المزبور).

كذا لا دَخل لمن يكفل بثمن المبيع بعد تأديته إياه في المبيع الذي في يده للبائع ولم يسلم إلى المشتري أي أنه ليس له أن يأخذ المبيع ويوقفه في يده استناداً على المادة (٢٧٨) لاستيفاء الثمن (التنقيح) يفهم من عبارة المجلة (أكفلني عن ديني) أنه يشترط في رجوع الكفيل على المكفول عنه أن تقع الكفالة بأمر المكفول عنه.

والأمر إما أن يكون حقيقياً أو حكمياً.

الأمر الحقيقي: هو كقول المدين لأحد أكفلني عن ديني الذي لفلان كما جاء في المجلة.

ولنوضح الأمر الحكمي بأمثلة ثلاثة.

المثال الأول - ككفالة الأب بمهر زوجة ابنه الصغير. مثلاً لو استوفى المهر المذكور بعد وفاة الأب من تركته فللورثة الآخرين مراجعة حصة الابن المذكور من التركة لأن الأب يعد بكفالة ابنه الصغير على الوجه المذكور كفيلاً بالأمر لولايته عليه. (فان أدى بنفسه فان اشهد رجع والا فلا) (رد المحتار). أما كفالة الابن الكبير بدون أمر فتعد تبرعاً. (علي أفندي).

وفي الكفالة بالأمر هذه للكفيل أن يراجع الأصيل بعد أداء الدين كما ذهب إليه الإمام أبو يوسف وقبلت به المجلة آنفاً ولو لم يشرط رجوع الكفيل بعد ذلك على الأصيل أو لم يشرط ضمان الأصيل بالمكفول به إذا أداه الكفيل. وإذا أنكر المكفول عنه الأمر فللكفيل إثبات ذلك (البزازية الشرنبلالي) (أنظر المادة ٧٦).

مثلاً لو كفل أحد ببدل الإجارة بأمر المستأجر كما هو مبين في المادة (٦٧٢) وبعد أن أدى البدل إلى الآجر فلذلك الشخص الرجوع على المستأجر. وقوله (ديني) يدل على أن الكفيل بالأمر متى أدى ما يجب على الأصيل كان له الرجوع عليه. وليس له الرجوع قبل ذلك. مثلاً لو كفل ببدل الإجارة وقبل أن تلزم المستأجر الأجرة أدى الكفيل بدل الإجارة فليس له الرجوع على الأصيل في الحال. (رد المحتار في الكفالة) وستوضح هذه المسألة في الآتي.

والواقع أن الكفالة بلا أمر وان كانت صحيحة فهي تبرع فليس للكفيل بعد أداء الدين الرجوع على الأصيل (الدرر).

مثلاً لو كفل أحد بدين أحد بلا أمر المدين وبعد أن قبل الطالب أي الدائن الكفالة عنه بها عند سماعه بوقوعها أدى الكفيل الدين فليس له الرجوع على المكفول عنه.

لأن الكفالة الواقعة بما أنها انعقدت على صورة لا توجب الرجوع بايجاب الكفيل وقول المكفول له فلا تنقلب إلى حالة توجب الرجوع بعد (الدر المختار. ورد المحتار قبيل الحوالة وفي موضع آخر من الكفالة).

لكن هذا الفرق يكون بالنسبة إلى الطرفين لأنهما يريان أن الكفالة تنعقد بايجاب الكفيل وقبول المكفول له. أما الإمام الثاني فبما أنه يرى أن الكفالة تنعقد بمجرد إيجاب الكفيل فليس من تفريق

في هذا الوجه أنظر شرح المادة (٦٢١) أي أنه له حق في الرجوع في هذه المسألة كما ذهب إليه الإمام الثاني.

المثال الثاني - لو أنكر الكفيل الكفالة وأثبت المكفول له أنه كفيل بأمر المكفول عنه فحكم عليه فأدى الدين فله الرجوع على المكفول عنه. لأنه وان كان في طلب الرجوع بعد انكار الكفيل الكفالة بالأمر تناقض فقد عفي عن هذا التناقض بناء على المادة (١٦٥٤) (رد المحتار).

إلا أنه إذا كذب الكفيل الشهود وأنكر كفالته بالأمر بعد الحكم أيضاً فليس له الرجوع على الأصيل بعد لأن هذا الانكار يعد ابراءً (البهجة في فصل الدعوى في الكفالة وما يناسبها).

قد بين في المجلة أن الذي يأمر بالكفالة هو المدين لأن الكفالة التي تقع بأمر أجنبي فهي كالكفالة التي تقع بلا أمر.

مثلاً لو قال أحد لآخر أكفل عن فلان دينه الذي لفلان وكفل الرجل عنه بالدين وادى المكفول به فليس له الرجوع على الآمر (رد المحتار).

كذا لو وكل أحد آخر بأن يعطي فلاناً كفيلاً بنفسه وبما يحكم عليه به وبعد أن أعطى ذلك الشخص كفيلاً عن المدين على الوجه المذكور حكم عليه كذا قرشاً يطالب الكفيل بالمبلغ المذكور مع ذلك الرجل وليس للكفيل أن يؤاخذ الوكيل بشيء لأن الوكيل ههنا بمنزلة الرسول لأنه لم يوجد منه إيجاب العقد ولا قبوله وإنما وجد منه مجرد الأمر بالكفالة عن المطلوب والأمر بالعقد لا يؤاخذ بحقوق العقد «الهندية في مسائل شتى من الكفالة».

وأمر الصبي المحجور لا حكم له وليس موجباً للرجوع.

وعليه لو أمر صبي محجور أحداً قائلاً «اكفل ديني الذي لفلان» وقبل الرجل وأوفى الدين فليس له الرجوع على الصبي المحجور الآمر.

أما أمر الصبي المأذون فهو كأمر البالغ معتبر وموجب للرجوع (الهندية في الباب الأول من الكفالة)

وأمر الوصي أيضاً موجب للرجوع.

مثلاً لو أمر الوصي أحداً بأن يكفل دين المتوفي وكفله وأداه حسب الكفالة فللكفيل الرجوع على تركة الميت وليس على مال الآمر (آداب الأوصياء).

المثال الثالث- لو ضمن الوصي دين المتوفي تراجع تركته، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع).

والكفالة بالأمر تكون موجبة للرجوع إذا كان الدين لازماً إصالة أو كفالة مطلقاً.

مثلاً لو أمر الأصيل أحداً بكفالة الكفيل بالمال الذي لزمت المطالبة بالمبلغ؟ذمته وبعد أن كفل

هذا استوفي الطالب دينه من الكفيل الثاني فللكفيل هذا الرجوع على الأصيل، (الهندية في الباب الثاني في المرابع من الكفالة).

إذا أدى الكفيل المكفول به المؤجل إلى المكفول له حالاً فليس له الرجوع على الأصيل قبل حلول الأجل.

كذلك لو كفل أحد بأجرة وأعطى الكفيل الأجرة إلى الآجر قبل أن يلزم المستأجر إيفاؤها فليس له الرجوع على الأصيل إلا عند لزومها إياه ووجوب أدائها عليه (أنظر المواد ٤٦٧و ٤٦٨و ٤٦٩و ٤٧٠) وليس له الرجوع قبل ذلك، (الأنقروي في الفصل الثاني من الكفالة):

إذا نقل الكفيل بالحمل الحمل إلى المحل المشروط وكانت الكفالة بالأمر فله الرجوع على الأصيل.

مثلاً لو كفل أحد الآخر الذي استؤجرت منه دابة معينة لنقل كذا إلى المحل الفلاني ونقل الكفيل الحمل المذكور إلى ذلك المحل فله الرجوع على الآجر بأجر المثل يوم النقل وذلك إذا كانت الكفالة بالأمر.

والحكم في كفالة الخياطة على هذا الوجه أيضاً، (الهندية في الفصل الرابع من الباب الثاني من الكفالة(أنظر شرح المادة ٦٣١).

بعض مسائل في عدم حق الرجوع للكفيل بالأمر: ليس للكفيل بالأمر الرجوع على الأصيل في المسائل الآتية:

أولاً: لو أبرأ الكفيل قبل أن يؤدي الدين عنه حسب الكفالة بالدين المذكور أو وهبه إليه فليس له حق في الرجوع بعد ذلك حتى أن الكفيل لو أدى الدين بعد ذلك إلى الطالب فليس له الرجوع على الأصيل،(الهندية في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكفالة).

والخلاصة: هي أن إبراء الكفيل الأصيل صحيح ولو لم يكن الكفيل قد أدى الدين إلى الطالب بعد.

مثلاً لو أبرأ أحد آخر إبراء عاماً بعد أن كفل عنه بدين لأحد الناس قائلاً لا حق لي على فلان مطلقاً وبعد ذلك أداه إلى الطالب فليس له الرجوع على الأصيل لأنه وجب على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه لأنه أخر المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل الأصيل قبل الأداء صح (النتيجة، والهداية).

ثانياً: لو أبرأ الطالب الكفيل بالأمر إبراء إسقاط فليس للكفيل المذكور الرجوع على الأصيل.

براءة الإسقاط، كقوله للكفيل أبرأتك أو ليكن المكفول به لك حلالاً وما شابه ذلك من الألفاظ

وإذا أبرأ الطالب الكفيل على هذا الوجه إبراء إسقاط فللطالب أن يستوفي دينه من الأصيل لأنه لا يسقط عنه بذلك الإبراء. (رد المحتار).

أما إذا أبرأه إبراء إستيفاء وكانت الكفالة بالأمر رجع الكفيل على الأصيل.

براءة الإستيفاء، كقوله أخذت منك المال المكفول به أو بما أنك قد أديت الدين فذمتك بريئه وما شأنه ذلك من الألفاظ.

إذا وقع شك في البراءة هل وقعت بإبراء إسقاط أو بابراء استيفاء يسئل الطالب (أي المبرىء) أيهما أراد ويقبل جوابه في ذلك (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث، ورد المحتار).

ثالثاً: إذا أنكر الدائن استيفاء الدين وكان الكفيل بالأمر أن أوفاه إياه في حضور الأصيل وحلف اليمين واستوفاه من الكفيل مرة أخرى فليسْ للكفيل الرجوع على الأصيل لتأديته الدين مرة ثانية.

أما لو كان الأمر بالعكس وأدى الأصيل الدين في حضور الكفيل بالأمر وأنكر الدائن استيفاءه الدين وحلف اليمين واستوفى الدين مرة ثانية من الكفيل فللكفيل الرجوع على الأصيل بهذا الأداء الثاني، (الأنقروي، الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع)

رابعاً: إذا ادعى الكفيل بالأمر اداء الدين وصدقه المكفول عنه واستوفى الطالب الدين مرة ثانية من المكفول عنه بعد إنكاره أخذه وحلفه اليمين فليس للكفيل الرجوع على المكفول عنه. إلا أنه إذا أقام الكفيل البينة على ادائه الدين قبلت منه وإذا كان الطالب غائباً فتقام هذه البينة في مواجهة الأصيل وفي هذا الحال يرجع الكفيل على الأصيل (أنظر المادة ٧٦)، ولو أن الآمر قال للمأمور إن لفلان عليَّ الفاً فبعه فرسك بها كان هذا جائزاً فإن باعه الفرس بها ثم اختلفا فقال صاحب المال باعني إلا أني لم أقبض الفرس حتى هلك في يده وقال الآمر والبائع لا بل قبضته فالقول قول صاحب المال مع يمينه فإذا حلف ثبت هلاك المبيع قبل القبض وذلك يوجب إنفساخ العقد من الأصل فيبطل به حكم المقاصة وكان لصاحب المال أن يرجع على غريمه وهو الآمر ولا يرجع المأمور على الآمر وان صدقه أما لو جحد الآمر قبض الطالب فأقام المأمور بينة على الآمر على قبض الطالب قبلت بينته ويكون هذا قضاء على الغائب (الهندية قبيل الفصل الخامس من الباب الثاني من الكفالة).

ولو أراد الرجوع على الأصيل وكان المؤدى هو الشيء الذي كفل به رجوع عليه بالمؤدى وإذا كان المؤدى غير ما كفل به رجوع عليه بالشيء الذي كفله ولا اعتبار للمؤدى أي أنه لو أعطى الكفيل إلى المكفول له شيئاً غير الشيء الذي كفل به فليس للكفيل الرجوع على الأصيل به لأن رجوع الكفيل بحكم الكفالة وبما أنه يكون الكفيل بحكم الكفالة مالكاً للدين بعد ادائه فيكون كالكفيل الأصلي فكما للدائن الأصلي أن يأخذ دينه فللكفيل أيضاً أخذه. فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإنما له عينه وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل

فإنه يملكه ويطالب به المكفول بعينه وصحت الهبة مع أن هبة الدين لا تصح إلا ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار لأن الواهب إذا أذن للموهوب له يقبض الدين جاز استحساناً وهنا بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وهذا بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء (رد المحتار).

ويستثنى من هذا الحكم المسألة الآتية: إذا كفل أحد بالمسلم فيه القيمي وبعد أن أوفاه إلى المكفول له وكان له الرجوع فله الرجوع بقيمة المسلم فيه، (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع من الكفالة).

وأما لو صالح الدائن على مقدار من الدين كأن كان الدين ألف مجيدي. صالح عن ثمانمائة يرجع ببدل الصلح فقط لأن ذمة المدين قد برأت بذلك الصلح من الباقي وسقط عنه كما سيجيء في المادة (١٥٥٢). لأنه لما أدى بدل الصلح حسب الكفالة ملك ذلك المقدار أي بدل الصلح في ذمة المكفول عنه فقط كما بين آنفاً. وليس له الرجوع بما سقط كما سيوضح قريباً.

وإذا أعطى مالاً من جنس آخر بدلاً عن بدل الصلح المذكور يرجع أيضاً ببدل الصلح وليس بجنس ذلك المال المعطى أو بقيمته، لأن إعطاء مال من جنس غير جنس بدل الصلح معاوضة بين الكفيل والدائن لا دخل للمكفول عنه فيها. وربح وخسارة تلك المعاوضة على من يتولاها والشخص الثالث الذي هو المدين لا ينتفع من هذه المعاوضة ولا يلحقه ضرر وليس له الرجوع بمجموع الدين لأنه لما كان الصلح على مقدار من الدين يتضمن الإبراء من الباقي وإسقاطه فلا يملك الكفيل الباقي(رد المحتار) والحال ان حق رجوع الكفيل ناشئ بما يملك في ذمة الأصيل من الدين أما إذا لم يقع الصلح على مقدار من الدين بل وقع على جنس آخر كأن تصالح على دين مائة مجيدي بعشر ذهبات رجع بمجموع الدين وهذه المسألة داخلة فيالفقرتين الأولىوالثانية وتستفاد هذه المسألة منهما.

كذلك للكفيل بالأمر أن يرجع بمجموع الدين إذا تصالح على مقدار من الدين على أن يهبه الدائن الباقي. كما سيأتي بيانه في شرح المادة (٦٦٧).

مثلاً لو كفل أحد بأمر المدين بدراهم جياد وادى المكفول به بدراهم جياد رجع بدراهم جياد كما أنه يرجع بدراهم جياد أيضاً إذا أدى زيوفاً وليس بزيوف وبالعكس لو كفل شخص بالمدين بزيوف وادى المكفول به زيوفاً رجع عليه زيوف كما لو أدى جياداً لا يرجع عليه إلا بزيوف وليس بجياد.

وهذان المثالان أمثلة على الفقرة الأولى من هذه المادة.

كذلك لو كفل شخص بأمر المدين بكذا دراهم فصالح على عروض كالمكيلات أو الموزونات من المثليات وكالحيوانات والعقارات والأمتعة من القيميات وما شابه ذلك من الأشياء المعلومة رجع على الأصيل بالدراهم التي كفلها. وليس ببدل الأشياء المؤداة لأن الصلح لما كان في هذه الصورة

مبادلة ويعود ما ينشأ عن هذه المبادلة من ربح أو خسارة على الكفيل والدائن اللذين أجريا المبادلة وبهذه المبادلة يملك الكفيل ما في ذمة الأصيل من دين فله الرجوع عليه بجميع الدين.

وهذا المثال فكما أنه مثال للفقرة الأولى من هذه المادة على حدة فهو مثال للفقرة (إذا لم يقع الصلح على مقدار منه) الواردة في الشرح.

أما لو كفل شخص بأمر المدين ألف قرش وأدى خمسمائة قرش صلحاً، فله أخذ خمسمائة قرش صلحاً وليس جميع الألف قرش. وهذا المثال مثال لفقرة (وأما لو صالح الدائن على مقدار من الدين. . .)

مسألة أولى - لو طلب أحد من آخر ألف قرش وكفل شخص آخر هذا المبلغ بالأمر وبعد أن أداه وتصادق الدائن والمدين على أنه ليس للدائن على المدين دين مطلقاً يرد ذلك الشخص المبلغ الذي أخذه من الكفيل إلى المدين وهو يرده إلى الكفيل«الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع».

مسألة ثانية- لو كفل أحد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري بأمره وبعد أن أداه إلى البائع حسب الكفالة وقبض المشتري المبيع ضبط ذلك المبيع من المشتري بالإستحقاق والكفيل غائب ينظر فإذا رجع الكفيل بالثمن على المشتري فالمشتري أيضاً يرجع على البائع وإذا كان لم يرجع بعد فلا يرجع المشتري على البائع ما لم يحضر الكفيل وإذا حضر الكفيل فيكون مخيراً فإن شاء أخذ ما أعطاه من البائع وإن شاء ضمن المشتري لأنه لم يبق للبائع عند المشتري دين وإذا اختار تضمين أحدهما فليس له العدول إلى الآخر (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع).

مسألة ثالثة- لو كفل أحد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري بأمره وبعد أن أداه حسب الكفالة إلى البائع تلف المبيع في يد البائع قبل القبض رجع المشتري بالثمن على البائع سواء أرجع الكفيل على المشتري أو لم يرجع.

أما إذا لم يتلف المبيع في يد البائع قبل القبض بل رده المشتري بعيب قديم فيه بقضاء أو بغير قضاء إلى البائع أو كان الرد بخيار الشرط أو خيار الرؤية فللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن، ولا سبيل للكفيل عليه (الهندية في المحل المزبور).

مسألة رابعة- إذا أدى الكفيل بالأمر الدين وكان له الرجوع على الأصيل فلو أراد الأصيل الإدعاء على الكفيل والطالب غائب ببطلان الكفالة لأن الدين رشوة أو قمار أو جيفة واقامة البينة فلا تقبل منه ويؤمر الأصيل بتأدية المكفول به إلى الكفيل وبعد تأديته إياه. فإذا حضر المكفول له وأقر بأنه رشوة أو ما أشبه ذلك أي أقر بأنه دين غير صحيح برئ الأصيل والكفيل معاً، (الهندية في الباب الثالث من الكفالة).

مسألة خامسة- يجوز كما هو مبين في المادة(٧١٩) إعطاء المكفول عنه الكفيل رهناً وإذا تلف

الرهن المذكور في يد الكفيل وكان مساوياً لما سيرجع به على المكفول عنه عد الكفيل مستوفياً حقه، «الهندية في مسائل شتى من الكفالة».

مسألة سادسة- لو كفل أحد ديناً ذا رهن بأمر المدين وبعد أن أداه إذا سقط الدين بتلف الرهن المذكور في يد الدائن رجع الكفيل على الأصيل وهذا يسترد ما أعطى من الدائن كذلك لو سقط الثمن بتلف المبيع في يد البائع قبل القبض بعد أن كفله شخص بأمر المشتري وأداه إلى البائع فللكفيل الرجوع على المشتري وهذا يرجع على البائع بالثمن الذي أعطاه إلى الكفيل «الهندية في مسائل شتى»

مسألة سابعة- لو كفل أحد بدين أحد على آخر وبعد ذلك أخذ الدائن مقابل الدين المذكور أولاً رهناً من الأصيل أو الكفيل ثم أخذ آخر من الثاني وتلف هذا الرهن الثاني في يد المرتهن سقط من الدين نصفه إذا كانت قيمته تفي بالدين «الهندية في المحل المزبور».

﴿المادة ٦٥٨﴾ لو غر أحد آخر في ضمن عقد المعاوضة يضمن ضرره مثلاً لو اشترى أحد عرصة وبنى عليها ثم استحقت أخذ المشتري من البائع ثمن الأرض مع قيمة البناء حين التسليم كذلك لو قال أحد لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني اذنته بالتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي.

لو غر أحد آخر في ضمن عقد المعاوضة وهو كالبيع الصحيح والفاسد والإجارة والقسمة وما أشبه ذلك من العقود يضمن ضرره.

وتستثنى الشفعة من عقد المعاوضة وبعبارة أخرى لا يوجب التغرير في الشفعة ضماناً لأنه لما كان المشتري مجبراً على تسليم المشفوع للشفيع ويأخذه الشفيع جبراً فلا يكون المشتري قد غره مثلاً لو ضبطت عرصة بالإستحقاق بعد أن أخذها أحد بالشفعة من المشتري وأنشأ فيها أبنية فلا يأخذ ذلك الشخص قيمة البناء من المشتري، (أبو السعود في الشفعة).

مثال من البيع - مثلاً لو اشترى أحد عرصة من آخر ظاناً أنها ملكه وبعد أن بنى عليها ظهر للعرصة المذكورة مستحق فضبطها بعد الإثبات والحكم والحلف أخذ المشتري من البائع ولو كان البائع وصي اليتيم ثمن الأرض أي الثمن الذي أعطاه للبائع مع قيمة البناء حين تسليمه إلى البائع (التنقيح في الإستحقاق) وإذا كان البائع وصي اليتيم لزمت قيمة البناء من مال اليتيم.

وفي هذا المثال بيان للرجوع بشيئين:

أولهما - الرجوع بالقيمة والمقصود من ذلك بدل المبيع كما هو موضح في الشرح أي الثمن الذي أعطاه المشتري إلى بائعه والسبب في حق الرجوع هذا هو:

إذا ضبط المبيع بالإستحقاق وذلك أكبر العيوب في المبيع والبيع المطلق كما جاء في المادة (٣٣٦) يقتضي سلامة من العيوب فللمشتري أن يضمن البائع بدل المبيع على الوجه المذكور، (رد المحتار في المرابحة والتولية).

ثانيهما - الرجوع بقيمة البناء حين تسليمه وإليك فيما يلي إيضاح ذلك: بعض أحكام مستنبطة من مثال المجلة هذا شرحاً ومتناً وما يتفرع عنه:

الحكم الأول - يلزم أن يسلم البناء قائماً إلى البائع حتى تؤخذ قيمته منه على ما يفهم من عبارة (قيمته من التسليم) الواردة في المجلة. وإذا سلمه المشتري إلى البائع أخذ أنقاضه لنفسه بعد هدمه حتى أنه إذا لم يسلم البناء إلى البائع فليس للمشتري أن يطالب البائع بقيمته. (رد المحتار في المرابحة والتولية).

مثلاً لو اشترى أحد عرصة وبعد أن بنى فيها بناء ضبط آخر العرصة بالإستحقاق فإذا احترق البناء قبل تسليمه للبائع فليس للمشتري أخذ قيمته من البائع.

كذلك إذا أجبر المشتري على قلع البناء والبائع غائب وقلعه وسلم العرصة للمستحق فإذا حضر البائع فللمشتري الرجوع عليه بثمن المبيع فقط دون قيمة البناء. كذا لو أجبر المشتري على هدم البناء على الوجه المحرر آنفاً وبعد أن هدم بعضه حضر البائع وسلم هذا القسم القائم للبائع وأخذ قيمته منه. والبائع يهدم ذلك القسم ويأخذ أنقاضه لنفسه لكن للمشتري إذا شاء أن يهدم البناء ويأخذ أنقاضه وفي هذه الحال ليس له الرجوع على البائع بقيمة البناء (الواقعات). ويفهم من هذا أن قاعدة أخذ المشتري قيمة البناء من البائع بإعادته إليه وضعت لنفع المشتري وفائدته. ولا يستفيد البائع من ذلك شيئاً. وعليه إذا لم يرض المشتري بإعادة البناء فليس للبائع أن يقول لا بد أن آخذه على كل حال. وعلى ذلك فلو قال المشتري والبائع غائب فليبق البناء بدون هدم إلى أن يحضر البائع الغائب وأسلمه إياه قائماً لأخذ منه قيمته فلا يلتفت إلى قول المشتري كما ذهب اليه الإمام الأعظم «الواقعات».

وهذه الإيضاحات على رأي الإمام الأعظم والإمام أبي يوسف رحمهما الله تعالى. أما الإمام محمد رحمه الله تعالى فيرى إذا كان البائع غائباً أن تقدر قيمة البناء قائماً بواسطة أمينه ثم يهدم البناء وتحفظ أنقاضه إلى أن يحضر البائع وعلى ذلك فللمشتري إذا هدم البناء وحفظ أنقاضه وسلمها إلى البائع أن يضمنه قيمته مبنياً، أما إذا لم يسلمه الأنقاض فليس له الرجوع عليه بالضرر، (الواقعات). (وذكر في الخانية عن ظاهر الرواية أنه لا يرجع عليه إلا إذا سلمه البناء قائماً فهدمه البائع ثم قال والأول أقرب إلى النظر أنه يرجع بعد ما كلفه المستحق الهدم فهدمه والبائع غائب ثم سلم نقضه إلى البائع رد المحتار في الإستحقاق بتغيير ما).

الخلاصة - إذا ضبطت العرصة بالإستحقاق بعد أن أنشأ فيها المشتري بناء أو غرس فيها أشجاراً فما يحق للمشتري الرجوع به على البائع هو قيمة ما يمكن نقضه من البناء وقلعه من الشجر

وتسليمه إلى البائع وعلى ذلك فلا يرجع بالكلس والطين وصرفيات حفر البئر وتنظيف القنوات وما أشبه ذلك، (الدر المختار، ورد المحتار).

الحكم الثاني - قد ذكر في المثال وبعد أن يبني فيها بناء والمقصود من ذلك أن يبنيه من ماله وعلى ذلك فلو بنى بالأنقاض الموجودة في العرصة بناء فليس له أن يرجع على البائع بقيمة البناء كما أنه ليس له الرجوع بما أعطى من الأجرة اليومية للنجارين وأنفق على ذلك البناء من النفقات (رد المحتار).

الحكم الثالث ـ والغرض من عبارة (إذا ظهر لها مستحق وضبطها) كما أشير إليه في الشرح ظهور مستحق للعرصة ولم يظهر مستحق للبناء. أما إذا ظهر مستحق للبناء أيضاً وضبط البناء أيضاً فليس له الرجوع حينئذ على البائع بثمن البناء أيضاً. مثلاً لو ادعى المستحق أن العرصة له كما ادعى أن البناء بناه المشتري بأمره ومن ماله وأثبت دعواه وضبط العرصة والبناء معاً فللمشتري الرجوع على البائع بثمن المبيع فقط وليس بقيمة البناء.

الحكم الرابع - والغرض من قيمة البناء كما ذكر شرحاً قيمته مبنياً وليس مقلوعاً. قال في رد المحتار في باب الإستحقاق أي يقوم مبنياً فيرجع بقيمته لا مقلوعاً والمراد بالبناء ما يمكن نقضه وتسليمه كما يأتي فلا يرجع بما أنفق من طين ونحوه كما يعلم مما يأتي. انتهى.

الحكم الخامس - وذكر البناء في المثال ليس باحتراز عن الشجر. فالحكم في الشجر على هذا المنوال المشروح أيضاً. مثلاً لو ظهر مستحق للعرصة بعد أن غرسها المشتري شجراً وضبطها يسلم المشتري الشجر قائماً إلى البائع ويستلم ثمنه هو كذلك.

لكن لو غاب البائع ولم يمكن تسليمه الشجر قائماً بإجبار المستحق المشتري على قلعه فليس له مراجعة البائع إلا بثمن المبيع فقط وليس بقيمة الشجر قائماً. وإذا كان قلع الشجر مضراً بالأرض فالمستحق مخير إن شاء قلع الشجر وضمن البائع نقصانها وإن شاء دفع قيمة الشجر مقلوعاً وتملكه قائماً. وفي هذه الصورة ليس له طلب نقصان الأرض وإذا حضر البائع رجع عليه بثمن المبيع فقط وليس له الرجوع عليه بقيمة الأشجار أو بنقصان الأرض الذي ضمنه (الواقعات).

الحكم السادس - يستفاد من قول المجلة (إذا ضبطت العرصة أنه لو اشترى أحد رحىً وبعد أن استعملها مدة ظهر مستحق لها وضبطها فليس للمستحق على ما مر إلا أخذ الرحى وليس له أخذ غلة المدة التي انتفع بها، (لأنه ليس من أجزاء المبيع بل من كسبه وفعله واقعات في الإستحقاق).

الحكم السابع - للمشتري الرجوع على البائع على الوجه المشروح كما هو مذكور في مثال المجلة. ثم فهل للبائع الرجوع على بائعه؟ للبائع على رأي الإمام الأعظم رحمه الله الرجوع على بائعه بثمن العرصة فقط دون قيمة البناء. أما الإمامان فيريان أن له الرجوع بثمن العرصة وقيمة البناء أيضاً (رد المحتار فيما ذكر آنفاً).

الحكم الثامن – جاء في المجلة (قيمته حين التسليم) وعلى ذلك لو سكن المشتري البناء المذكور بعد إنشائه مدة وهدمت بعض جهاته فحصل نقصان في قيمته أعطى البائع قيمته حين التسليم. لا قيمته عند الإنشاء. ولو ازدادت قيمته أخيراً لزمت قيمته عند التسليم أيضاً (رد المحتار في المحل المذكور).

الحكم التاسع – لو اختلف البائع والمشتري فقال البائع كنت بعته العرصة مع بنائها فلذلك ليس له حق الرجوع بقيمة البناء على حدة وقال المشتري أنا بنيته وعليه لي حق الرجوع به فالقول للبائع لأنه منكر لحق الرجوع (رد المحتار).

(سئل فيما إذا كان لزيد دار جارية في ملكه فأجرها من عمرو مدة معلومة بأجرة معلومة وأذن له بصرف بعض الأجرة في ترميم الدار المزبورة وقبض منه الباقي وصرف عمرو ما أذن له بصرفه وسكن الدار ومات زيد في أثناء المدة عن ورثة وتركة وله عتيق أثبت بالوجه الشرعي أن زيداً كان وهبه الدار قبل إيجار زيد لها من عمرو وقبل أن اذن له في صرف بعض الأجرة كما ذكر ويريد عمرو الرجوع في التركة المزبورة بالباقي له في مصرفه ومما قبضه منه زيد بعد ثبوت كل ذلك بالوجه الشرعي فهل له ذلك الجواب نعم... أقول يخالف هذا ما مر في أواخر كتاب الوقف عن فتاوى الصدر الشهيد عند الكلام على استدانة الناظر من أن المؤجر إذا ظهر انه لا ولاية له في الوقف كان المستأجر متطوعاً فيما أنفقه بإذن المؤجر فتأمل) (التنقيح في الكفالة).

مثال ثانٍ للبيع – كذلك لو قال أحد لأهل السوق هذا الصغير ولدي بيعوه بضاعة فإني اذنته للتجارة ثم بعد ذلك لو ظهر أن الصبي ولد غيره فلأهل السوق أن يطالبوه بثمن البضاعة التي باعوها للصبي لأن الاذن الواقع قبل البيع يكون موجوداً أيضاً حين عقد البيع. (أنظر المادتين ٥ و ١٠).

ويستفاد من هذا المثال أنه يوجد للضمان في هذا الباب شرطان:

أولهما ـ إضافة الغار الولد الصغير الى نفسه كقوله (ابني).

ثانيهما – كونه قد أمر أهل السوق بمبايعته (رد المحتار في المرابحة).

المثال الأول من الإجارة – لو آجر أحد دابة من آخر على أنها ملكه وبعد أن تلفت الدابة في يد المستأجر ظهر لها مستحق وأخذ قيمتها من المستأجر الذي هو بمنزل غاصب الغاصب فللمستأجر الرجوع على ذلك الشخص ببدل الضمان (الحموي في الكفالة والحوالة).

المثال الثاني من الإجارة – لو استأجر أحد حائطاً من آخر على أن يفتح فيها باباً وبعد أن فتح الباب ظهر انها لآخر ضمن ذلك الشخص أي المستأجر الحائط على الوجه المذكور في المادة (٩١٨) وله الرجوع ببدل الضمان على المؤجر.

مثال ثالث من الإجارة – لو قال صاحب الطاحونة لمن أحضر إليه حنطة ليطحنها ضعها في

الدلو. وهو يعلم أن الدلو فيه خرق ولم يخبر صاحب الحنطة بذلك والرجل وضع الحنطة في الدلو فانتثرت في الماء ضمن صاحب الطاحونة بدل الحنطة.

أما لو غر أحد آخر في ضمن عقد الهبة أو الصدقة وما شابه ذلك من عقود التبرع فلا يضمن ضرره لأنه لا يستحق وصف السلامة في عقود التبرع (أبو السعود في الهبة) كما سيوضح فيما هو آت.

حكم مستنبط من هذه المادة:

جاء في هذه المادة عقد المعاوضة ويقابله عقد التبرع. وعقد التبرع قسمان:

القسم الأول ـ هو ما يعود نفعه الى القابض كالهبة، والصدقة والعارية. فلو غر أحد آخر في هذا القسم من عقد التبرع فلا يضمن الضرر لأنه لا يستحق في عقود التبرع وصف السلامة (أبو السعود في الهبة). ولو تلف المال الموهوب في يد الموهوب له بعد قبضه إياه فظهر بعد ذلك مستحق للموهوب وضمنه للموهوب له فليس له الرجوع على الواهب، (الهداية، والكنز في الهبة) ما لم يكن الواهب قد ضمن له سلامة الموهوب. كما سيأتي موضحاً في شرح المادة (٨٦١).

كذلك لو أعار أحد ماله لآخر وبعد أن تلف في يد المعار إليه استحقه مستحق وضمنه المعار إليه فليس له الرجوع على المعير بالشيء الذي ضمنه، (الأشباه في الكفالة والحوالة). (وإنما لا يرجع المستعير بضمان الإستحقاق لأن الرجوع به يسبب الغرور وهو يغره أحد لأن المغير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل (الزيلعي في العارية).

القسم الثاني - عقد التبرع الذي يعود نفعه إلى الدافع كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة. إذا غر أحد آخر في هذا القسم من عقود التبرع ضمن ضرره أيضاً. وعلى ذلك فقوله عقد معاوضة في المجلة ليس احترازياً بالنظر إلى هذا. مثلاً لو أودع أحد مالاً عند آخر على أنه ملكه فظهر له مستحق بعد أن تلف في يد المستودع وضمنه المستحق بدل الوديعة لكون الوديع بمنزلة غاصب الغاصب فللمستودع الرجوع بما ضمنه على المودع أيضاً (لأنه غره بقوله إن الوديعة ملكي) «حموي في المحل المزبور».

مثال من القسمة - قد جاء في رد المحتار أن التغرير في القسمة موجب للرجوع واعلم أولاً أن القسمة قضاء لا تجري فيما كان مختلف الجنس كعدة قصور وحوانيت ومزارع ولنفرض عرصتين مشتركتين بين اثنين قسمتا بينهما بالرضاء فأخذ عمرو إحداهما وأخذ الأخرى زيد ومن ثم بنى زيد في حصته بناء فظهر بعد ذلك مستحق لعرصة زيد وضبطها فلزيد أن يسلم نصف البناء إلى شريكه عمرو ويضمنه قيمته قائماً عند تسليمه.

أما إذا كانت الأموال متحدة الجنس كعرصة واحدة أو قصر واحد أو حانوت واحد أو مزرعة واحدة وجرت القسمة فيها قضاء بمقتضى المادة «١١٣٣» فالتغرير في هذه القسمة لا يوجب الضمان. مثلاً إذا كانت عرصة واحدة مشتركة بين زيد وعمرو وبعد أن بنى زيد في حصته بعد

القسمة بناء ظهر مستحق لحصته وأخذها فليس لزيد أن يضمن عمراً نصف البناء بتسليمه إياه، «رد المحتار في القسمة ونقول البهجة قبيل السلم».

والفرق بين القسمتين عدم جواز الجبر في الأولى وجوازه في الثانية.

وضمان الغار صفة السلامة موجب للرجوع. مثلاً لو قال أحد لآخر «إذهب من الطريق الفلاني فالطريق أمان. وإذا كان مخوفاً وسلب مالك فانا ضامن به» فإذا سلب مال ذلك الشخص بمروره من ذلك الطريق ضمنه الضامن (أنظر المادة ٨٢).

ولا يشترط في ضمان الغرور على هذا الوجه أن يكون المكفول عنه معلوماً أما إذا لم يضمن الغار صفة السلامة فلا رجوع مثلاً لو قال أحد لآخر (إذهب من الطريق الفلاني فالطريق أمان) ولم يعقب ذلك قوله (فأنا ضامن مالك إذا أخذ) فإذا سلك الرجل ذلك الطريق وسلب ماله فلا يلزم الضامن ضمان حتى أنه لو دفع إلى المسلوب بدل ماله بزعم أنه يلزمه الضمان فله استرداد ما أعطى، (الدر المختار، ورد المحتار في الكفالة).

الباب الثالث

في البراءة من الكفالة ويحتوي على ثلاثة فصول وستدرج خلاصة مسائل هذا الباب المبهمة فيما يلي

خلاصة الباب الثالث

البراءة من الكفالة

يبرأ الكفيل من الكفالة في المسائل الآتية:

١ - إذا سلم الأصيل أو الكفيل للمكفول له المكفول به.

٢ - إذا أبرأ المكفول له الكفيل أو أقر بأنه لا حق له عنده.

لكن لا تستلزم براءة الكفيل براءة الأصيل، بخلاف براءة الأصيل فإنها تستلزم براءة الكفيل لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع.

٣ - البراءة من الكفالة بالنفس:

أولاً: تكون بإبراءة المكفول له الكفيل.

ثانياً: بتسليم المكفول به إلى الطالب، ومكان التسليم إذا كان معيناً فيها وإلا ففي المكان الذي تمكن المخاصمة فيه.

ثالثاً: بوفاة المكفول به أو الكفيل ولا تبطل الكفالة بوفاة المكفول له أو بتسليم أحد الورثة أو الأوصياء المكفول به فلا يسقط حق مطالبة الآخرين.

٤ - البراءة من الكفالة بالمال:

أولاً: تكون بوفاة الدائن منحصراً إرثه في المدين.

ثانياً: بوفاة الدائن منحصراً إرثه في الكفيل.

ثالثاً: بإحالة الكفيل المكفول له على آخر وقبول كل من المكفول له والمحال عليه تلك الإحالة.

رابعاً: يبرأ الكفيل من الكفالة الحالية فيما لو كفل بثمن المبيع وفسخ البيع أو ضبط بالإستحقاق أو استرد البائع بخيار العيب. لأنه تبين أن العقد الواقع غير ملزم بالثمن.

خامساً: يخلص الشخص من الكفالة فيما لو كفل بدل عقد الإجارة في مدة معينة وانتهت تلك المدة.

يستثنى من ذلك حالتان (١) إذا أدى الكفيل الدين، (ب) أو أحال المكفول له على آخر فالأصيل يبرأ من الدين في هاتين الحالتين ببراءة الكفيل.

(٢) يستثنى ما لو حلف الأصيل أنه ليس عليه دين فيطالب الكفيل دونه.

(٣) وقيد الإحالة هنا ليس احترازياً. لأنه أولاً لو تبرع أحد بالمكفول به وطالب إحالته عليه يبرأ كل من الأصيل والكفيل. ثانياً لو أحال الأصيل المكفول له على آخر يبرأ كل من الأصيل والكفيل معاً.

الفصل الأول

في بيان بعض الضوابط العمومية

يبحث في هذا الفصل في البراآت التي تقع في كل أنواع الكفالات كما في البراءة من الكفالة بالنفس والكفالة بالمال وفي الفصول الآتية يبحث عن البراءة من كل كفالة على حدة. ولذلك فقد جاء في عنوان هذا الفصل (الضوابط العمومية).

﴿المادة ٦٥٩﴾ لو سلم المكفول به من طرف الأصيل أو الكفيل إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة.

سواء أكان المسلم النفس أم المال وسواء أكان المسلم الأصيل أم الكفيل أم كفيل الكفيل. (التنوير، والدر المختار) لأن الحق الواحد كما هو مذكور في المادة «١٦٥١» لا يستوفى من اثنين كل على حدة بتمامه.

وبما أن هذه المادة مجملة للغاية ومحتاجة إلى بعض تفصيلات فلنبادر إلى الإيضاحات الآتية:

إن المكفول به على ثلاثة أقسام نفس ومال وتسليم ويقسم كل بحسب إيفائه وتسليمه من الأصيل أو الكفيل إلى قسمين وإذا ضربت هذه التقسيمات بعضها ببعض يظهر ستة أحكام:

الحكم الأول، إذا سلم الأصيل المكفول به النفس أي إذا سلم الأصيل نفسه للمكفول له برئ الكفيل من الكفالة النفسية.

وذلك فيما لو بين حين تسليمه نفسه أنه يسلمها بكفالته إياه أو بمقتضى كفالته وإذا تعدد الكفيل بالنفس فعليه أن يذكر أنه سلم نفسه لكفالتهم. لأن المراد بالكفالة التسليم على هذا الوجه. ومتى وقع التسليم المذكور انتهت الكفالة وإلا فلا يبرأ كما يستخرج لزوم هذا القيد من فقرة (أو سلم المكفول به نفسه من جهة الكفالة) من المادة (٦٥١). حتى انه لو قابل المكفول به المكفول له بنفسه وبقي الإثنان معاً من الصباح إلى المساء ولم يبين المكفول به انه حضر إليه لتسليم نفسه من جهة الكفالة أو بحكم الكفالة فلا يبرأ الكفيل من الكفالة وبراءة الكفيل من الكفالة النفسية على هذه الصورة إنما تكون إذا وقعت بأمر المكفول به أما إذا وقعت الكفالة بالنفس بدون أمر المكفول به فلا يبرأ الكفيل من الكفالة بتسليم المكفول به نفسه إلى المكفول له لأنه لا يلزمه تسليم نفسه إلى المكفول له وليس بمطالب بذلك (النهر، ورد المحتار).

ولا يجبر الكفيل في الكفالة النفسية التي بلا أمر كهذه على تسليم المكفول به للمكفول له كما قد أشير إلى ذلك في شرح المادة (٦٤٢) وإذا صادف التسليم محلاً محاذياً فلا يلزم تسليمه وعليه فلا يأثم بعدم التمكين منه وله أن يهرب بخلاف ما إذا كان بأمره وكذا قولهم له منعه من السفر إذا كانت بأمره (أفادة في البحر، رد المحتار).

الحكم الثاني - إذا سلم الكفيل بالنفس المكفول به إلى المكفول له برئ من الكفالة النفسية. وقد جاء هذا الحكم مجملاً لأننا لم نر حاجة إلى ذكره هنا بالتفصيل مع انه سيأتي موضحاً في المادتين (٦٦٣ و٦٦٥).

الحكم الثالث - إذا أوفى الأصيل المكفول له المال المكفول به يبرأ كما يبرأ الكفيل ولا يأخذ المال المكفول به مرة أخرى من الكفيل. كما سيأتي في شرح المادة (٦٣٤)، (الدر المختار، ورد المحتار).

إيفاء الأصيل يكون بثلاث صور بإعطائه الدين نقداً وبيعه منه مالاً في مقابل الدين وتحويل المكفول له آخر على الأصيل حوالة مقيدة.

مثال للبيع، إذا باع الأصيل من المكفول له مالاً في مقابل دينه يبرأ الكفيل من الكفالة المالية كما يبرأ الأصيل من الدين. كما إذا باع الأصيل مالاً من جنس الدين من المكفول له ووقع التقاص يبرأ الكفيل من الكفالة كما يبرأ الأصيل من الدين. (علي أفندي).

لكن إذا باع الأصيل مالاً من المكفول له في مقابل دينه وضبط ذلك المال من يد المكفول له بالإستحقاق أورده المكفول له إلى الأصيل بخيار العيب بحكم الحاكم رجعت كفالة الكفيل المالية ويطالب الكفيل بالدين أما لو رد المبيع بإقالة البيع أو بخيار العيب بدون حكم الحاكم فلا تعود كفالة الكفيل، (الأنقروي في الفصل السادس، والهندية قبيل الباب الثالث، والفيضية فيما تقع به البراءة مآلاً أنظر شرح المادة ١٩٦).

والحكم في البيع بالوفاء على هذا المنوال أيضاً. وبعبارة أخرى إذا فسخ البيع بالوفاء فلا تعود الكفالة وقد جاء في الفيضية (لو كفل بكر ما لزيد على عمرو من الدين وبعد أن باع عمرو حانوتاً له من زيد في مقابل الدين المذكور بيعاً وفائياً وسلمه له وفسخ زيد وعمرو العقد واسترجع عمرو الحانوت فليس لزيد أن يأخذ شئاً من بكر).

مثال للحوالة إذا حول المكفول له دائنه على الأصيل حوالة مقيدة يخلص الأصيل من مطالبة المكفول له كما يبرأ الكفيل من الكفالة بالكلية كما هو مبين في المادة (٦٩٠) وليس للمحال له مؤاخذة الكفيل، (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

لكن لا يبرأ الكفيل في المسألة الآتية ببراءة الأصيل، وإذا كفل أحد آخر قائلاً إنني كفيل بألف قرش دين على فلان لفلان وأقام الأصيل بينة على أنه قد أوفى ذلك الدين قبل الكفالة يبرأ

الأصيل دون الكفيل وإذا اثبت أنه أوفاه له بعد الكفالة برئ الإثنان كلاهما. لأنه أقر بهذه الكفالة أن الألف على الأصيل وبالإثبات تبين أن لا دين على الأصيل والكفيل عومل بإقراره بالبينة على الأداء قبل الكفالة علم أن ما كفل به الكفيل غير هذا الدين. (رد المحتار).

وإذا أدى الأصيل المكفول به المال بمقتضى الحكم الثالث هذا يبرأ الكفيل منه كما يبرأ الأصيل. لكن إذا كان لدين أحد كفيلان كل منهما كفيل بنصفه وأدى الأصيل نصف دينه يحسب عن كفالة الكفيل الذي أدى الأصيل النصف من جهة كفالته «لأنه جعل فعله لأحدٍ ما يحتمله فيقع عنه ويصدقه فيه».

أما إذا لم يعين المكفول له أحدهما فيحسب ما أداه من جهة كفالة الإثنين معاً. إلا انه يندفع الترجيح بلا مرجح، وسواء في ذلك أكانت كفالتهما في عقد واحد أم لا وسواء كان سبب الدين واحداً أو متعدداً.

وكذا لو كان الكفيل واحداً وكفل نصف الدين فقط وأدى الأصيل مقداراً من الدين وبين أن ما أداه من جهة كفالة الكفيل يقبل كلامه ويحسب من هذه الجهة، (الهندية في الباب الرابع من الكفالة، والأنقروي في مسائل شتى من الكفالة).

أما إذا كان شخص مديناً بدين ألف قرش نصفه معجل والنصف الآخر مؤجل وكفل كلًا منهما شخص على حدة ودفع الأصيل خمسمائة قرش حالاً إلى المكفول له من الدين يحسب من جهة الدين المعجل وإن لم يفه بشيء يدل على ذلك عند التأدية.

أما إذا قال الأصيل إنه أداها عن جهة الكفالة المؤجلة فيقبل كلامه (الهندية في الباب الرابع من الكفالة).

الحكم الرابع، إذا أوفى الكفيل إلى المكفول له المال أي المكفول به بنقد أو ببيعه منه مالاً أو بحوالة مقيدة برئ الكفيل من الكفالة.

حتى أنه إذا ادعى أحد أن له في ذمة آخر كذا غرشاً ديناً فقال المدين إنك قد استوفيت الدين المذكور من فلان لأنه كفيل بهذا الدين وأثبت مدعاه هذا فيكون قد دفع دعوى ذلك الشخص (المجموعة الجديدة).

مثال للأداء بيعاً: إذا اشترى المكفول له في مقابل دينه من الكفيل مالاً صح ذلك وبرئ الكفيل من الكفالة المالية، (رد المحتار).

الحكم الخامس، إذا أوفى الأصيل المكفول به الذي هو عبارة عن التسليم برئ الكفيل كما برئ الأصيل.

مثلاً لو كفل أحد لآخر بتسليم الوديعة المودعة عند آخر وبعد ذلك لو سلمها المستودع بنفسه يبرأ ذلك الشخص من الكفالة.

الحكم السادس، إذا أوفى الكفيل التسليم المكفول به فبرئ الأصيل كما برئ الكفيل. أنظر المادة (٦٤١) وشرحها.

كذلك لو وهب الطالب الكفيل أو المكفول عنه الدين أو توفي الطالب وانحصر إرثه في الكفيل أو المكفول عنه لأن الميراث كالمال في الإبراء. وذلك كما سيأتي في المادة (٦٦٧) وشرحها في المسألة الأولى من شرح المادة المذكورة (البزازية).

﴿المادة ٦٦٠﴾ لو قال المكفول له أبرأت الكفيل أو ليس لي عند الكفيل شيء يبرأ الكفيل.

وليس للمكفول له بعد ذلك مطالبته وندامة المكفول له بعدئذٍ لا تجديه نفعاً، وسواء أكانت الكفالة نفسية أو مالية أو تسليمية أنظر المادة (١٥٦١) (الهندية، وعلي أفندي).

والإبراء المراد هنا هو إبراء الإسقاط وليس إبراء الإستيفاء لأن إبراء الإستيفاء عبارة عن بيان استيفاء المكفول له من الكفيل. وهذا داخل في المادة (٦٥٩).

يعني إذا أدى الكفيل المكفول به إلى الدائن بريء الكفيل براءة استيفاء وعلى ذلك فيقسم الإبراء إلى قسمين كما هو مذكور في المادة (١٥٣٦).

ولا يرد الإبراء وإن رده الكفيل أنظر المادة (١٥٦٨). لأن الإبراء في حق الكفيل إسقاط محض لا تمليك. لأن ما يثبت في ذمة الكفيل إنما هي المطالبة ولا يمكن رد الإسقاط المحض على هذا الوجه (رد المحتار).

وينقسم الإبراء إلى ثلاثة أقسام كما هو موضح في شرح المادة (١٥٦٨) من المجلة.

القسم الأول - لا يتوقف على القبول كما لا يرد بالرد. والإبراء في هذه المادة من هذا القبيل.

القسم الثاني - لا يتوقف على القبول ولكنه يرد بالرد كالإبراء من الدين لأن الدين ليس بمال بالنظر إليه في الزمن الحالي وإنما هو وصف شرعي ويتم إبراؤه بهذا الإعتبار بإبراء المبريء أي المسقط ولا حاجة فيه إلى القبول. وذلك هو السبب في عدم توقف الإبراء على القبول. والدين باعتبار عاقبة القبض مال وهو يتضمن بهذا الإعتبار تمليكه للمدين.

وكما ترد عقود التمليك كالبيع والهبة برد الإيجاب فيها فيرد الإبراء بالرد أيضاً وقد نشأ عن هذا الترداد الإبراء برده.

القسم الثالث - يتوقف على القبول وهذا القسم إبراء يوجب إنفساخ العقد أيضاً كالإبراء من البدل الصرف ورأس مال السلم. والعقد حق للطرفين وعليه لا ينفسخ العقد بفسخ احد الطرفين إياه أي بالإبراء منه - ولذلك يتوقف هذا القسم من الإبراء على القبول ومن ثم كان الإبراء لا يتم بالإيجاب وحده بل يظل موقوفاً على اقتران الإيجاب بالقبول وإذا رد الإيجاب من الطرف الثاني ارتد.

وإذا أبرئ الكفيل أبرئ على هذا الوجه أي إبراء إسقاط وكان المكفول به ديناً فليس له الرجوع على الأصيل ولو كانت الكفالة بالأمر. لأن الأصيل لا يستفيد شيئاً بهذا الإبراء ولا يبرأ من الدين كما سيأتي بيانه في المادة الآتية، (رد المحتار). أما إذا أبرئ إبراء استيفاء وكانت الكفالة بالأمر فللكفيل الرجوع على الأصيل.

لكن إذا وهب المكفول له الدين المكفول به أو تصدق عليه به توقف ذلك على قبول الكفيل. وإذا قبل الكفيل برئ من الكفالة أيضاً.

فإذا كانت الكفالة بالأمر رجع على الأصيل وإلّا فلا.

وقد تبين هنا اختلاف حكم الهبة والصدقة للكفيل. أما حكم الهبة والصدقة للأصيل لا يختلف بالإبراء كما سيأتي في شرح المادة (٦٦٢) (النزهة على الأشباه).

وتستثنى من حكم هذه المادة مسألتان:

الأولى - لو كفل أحد نفس آخر وبعد ذلك قال المكفول له ليس لي حق على المكفول به استحقه فلا يبرأ الكفيل بذلك من الكفالة النفسية ما لم يقل المكفول له «ليس لي حق استحقه على المكفول به مباشرة أو ولاية أو وكالة أو وصاية مطلقاً» فيبرأ الكفيل حينئذٍ من الكفالة «البزازية في أول الكفالة».

المسألة الثانية - لو كفل أحد نقوداً موقوفة وبعد أن أخرج المتولي الكفيل من الكفالة ينظر فإذا كان المتولي هو الذي أخذ الكفيل لنفسه فابراؤه الكفيل أو إخراجه إياه صحيح في حق الطرفين ويكون المتولي ضامناً مال الوقف أما إذا كان الذي أخذ الكفيل متولّياً غيره بعد أن خرج الأول من التولية أو توفي ونصب هذا بعده مؤخراً فإخراجه الكفيل من الكفالة ليس بصحيح (علي أفندي قبيل نوع آخر في الكفالة المؤقتة).

لاحقة - في تعليق البراءة من الكفالة بشرط:

إختلف العلماء في تعليق البراءة من الكفالة بالمال بشرط هل هو صحيح أم لا. فقال بعض الفقهاء بصحته على الإطلاق وقال آخرون بعدم صحته مطلقاً وقال فريق بصحته إذا كان الشرط ملائماً وعدم صحته إذا كان غير ملائم أنظر شرح المادة (٨٢).

فإذا قيل (إذا جاء الغد) أو (إذا دخل فلان داره) فالتعليق باطل على القول الثالث أما إذا قيل (إذا أعطيتني ثمانمائة قرش سلفاً من الألف قرش التي عليك ديناً أو إذا اعطيتني من الألف قرش المكفول بها مؤجلة ثمانمائة سلفاً أبرؤك بالباقي) صح هذا التعليق، (الدر المختار والملتقى وشرحهما) أما تعليق البراءة من الكفالة بالنفس على وجوه، ففي وجه تصح البراءة ويبطل الشرط كما إذا أبرأ الطالب الكفيل على أن يعطيه الكفيل عشرة دراهم وفي وجه يصحان كما إذا كان كفيلاً بالمال أيضاً وشرط الطالب عليه أن يدفع المال ويبرؤه من الكفالة بالنفس وفي وجه يبطلان كما إذا

شرط الطالب على الكفيل بالنفس أن يدفع إليه المال ويرجع على المطلوب (رد المحتار).

﴿المادة ٦٦١﴾ لا تلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل.

أي إذا أبرأ المكفول له الكفيل من الكفالة أو من الحق الذي في ذمته إبراء إسقاط فلا يبرأ الأصيل بذلك سواء أكان أصيلاً من كل وجه أو من وجه. وإنما يبرأ الكفيل فقط ويطالب الأصيل بدينه. لأن الأصل لا يسقط بسقوط الفرع إذ الأصل لا يتبع الفرع. وتتفرع الفقرة الثانية من المادة (٦٦٨) عن هذه المادة.

مثال للأصيل من كل وجه - لو كفل شخص لآخر الدين الذي له على أحد الناس وبعدئذ أبرأ المكفول له الكفيل من المبلغ المكفول به برئ الكفيل فقط واستوفى المكفول له المبلغ من المكفول عنه إلى الأصيل (البهجة ورد المحتار).

مستثنى: بما أن الكفيل يبرأ من الكفالة بتأدية الدين المكفول به إلى المكفول له أو بإحالة المكفول له آخر على الكفيل بالدين المذكور وتلزم هنا براءة الأصيل ببراءته كما هو مبين في المادتين (٥٤٤ و٦٥٩) وشرحهما ومادة (٦٦٩) فبراءة الكفيل على هذين الوجهين مستثناة من هذه المادة (رد المحتار) وبعبارة أخرى أنه تلزم براءة الأصيل ببراءة الكفيل بهذين الطريقين.

مثال للأصيل من وجه - لو كفل عدة أشخاص كل على حدة ديناً وبعد أن كفل بعضهم بما في ذمة البعض الآخر أبرأ الطالب واحداً من الكفلاء بقي حقه في الرجوع بجميع الدين على باقي الكفلاء ولا يبرأ الكفلاء الآخرون بهذا الإبراء لأن الكفيل الذي أُبرئ بما أنه في حكم الأصيل الذي لم يبرأ فحكم هذه المادة يجري أيضاً في هذه المسألة (رد المحتار).

﴿المادة ٦٦٢﴾ براءة الأصيل توجب براءة الكفيل.

أي أنه إذا برئ الأصيل من المكفول به بتأديته الدين في الكفالة بالمال أو أبرأ المكفول له إياه من الدين المكفول به أو ببيان المكفول له أنه ليس له حق على الأصيل مطلقاً أو بهبته إياه من الأصيل وفي الكفالة بالنفس بتسليم المكفول به نفسه من جهة الكفالة إلى المكفول له يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة. وكذلك إذا تعدد الكفلاء سواء أوقعت كفالتهم بعقد واحد أم بعدة عقود لأن سقوط الأصل يستلزم سقوط فرعه «أنظر المادة ٥٠» (الهداية وفتاوى ابن نجيم). والمادتان «٦٦٦ و٦٦٧» والفقرة الأولى من المادة «٦٦٨» متفرعة عن هذه المادة.

حتى أنه لو كفل أحد لآخر ديناً له على أحد الناس فقال الأصيل للمكفول له (قد كفل فلان ما عليَّ لك من الدين فأبرئني منه وخلصني على أن تستوفيه منه)، وأبرأ ذلك الشخص الأصيل من الدين برئ الكفيل أيضاً. لأن براءة الأصيل تلزم ببراءة الكفيل. وهذه حيلة يلزم على كل أحد أن يكون عالماً بها للمحافظة على حقوقه (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

لكن براءة الكفيل بإبراء الطالب الأصيل من الدين أو بهبته له هي في الكفالة المالية (أشباه) وليس في الكفالة النفسية. لأنه للطالب بعد أن يقر بأن ليس له عند المكفول به حق، فله أن يطلب إحضاره لحق له من جهة الولاية. (رد المحتار ومثله في الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث من الكفالة).

ما لم يقل المكفول له مبرِّئًا إياه (ليس لي على الأصيل حق استحقه لا لنفسي ولا من جهة موكلي ولا من جهة الوقف الذي أنا متول عليه واليتيم الذي أنا وصيه) وبالإبراء على هذه الصورة يبرأ الكفيل من الكفالة النفسية كما يبرأ الأصيل). (أنظر المادة ١٦٠).

ولتوضيح هذه المادة بمثالين:

أولاً - لو كفل أحد لآخر ألف قرش ديناً له على شخص وبعد ذلك أدى المدين المبلغ المذكور للدائن فكما يبرأ المدين من الدين يبرأ الكفيل أيضاً كما سيأتي بيانه في المادتين (٦٥٩ و ٦٦٣).

ثانياً - وإذا أبرأ الدائن المدين من دينه برئ الكفيل منه كما برئ المدين الأصيل.

وتستثنى من حكم هذه المادة المسائل الآتية:

المسألة الأولى ـ إذا حلف الأصل على أنه ليس عليه دين أو كان عليه دين وأقام البينة على أنه أوفاه قبل الكفالة فبراءة الأصيل من الدين لا توجب براءة الكفيل منه (أنظر شرح المادة ٦٥٩) مثلاً لو قال أحد بلا أمر (أنا كفيل لفلان بألف قرش له على فلان) وبعدئذٍ إذا ادعى ذلك الشخص الدائن بذلك على المدين فبين المدين أنه ليس لذلك الشخص عليه دين مطلقاً وحلف ذلك الشخص اليمين لدى عجز المدعي عن الإثبات برئ ذلك الشخص من الألف قرش. لكن الكفيل يؤاخذ بإقراره السابق ويطالب بموجبه. لأن الحلف يفيد براءة الحالف حسب (رد المحتار).

جاء قوله (بلا أمر). لأنه لو قال أحد لآخر أكفل ألف قرش علي لفلان، يكون قد أقر بالدين ولا يعتبر ولا يسمع قوله بعد ليس علي دين او انني اديت ذلك الدين قبل الكفالة (رد المحتار).

المسألة الثانية ـ إذا ادعى المدين في المثال السابق أنه كان مديناً للمكفول له بألف قرش ولكنه أوفاه إياه قبل كفالة ذلك الشخص وأثبت مدعاه برئ الأصيل دون الكفيل لأنه أقر بهذه الكفالة إن الألف على الأصيل (رد المحتار).

وجاء (قبل الكفالة) لأنه إذا أقام البينة على أنه أوفاه بعد الكفالة برئ الأصيل والكفيل معاً، (رد المحتار) (أنظر المادة ٨٧).

المسألة الثالثة - إن لزوم براءة الكفيل ببراءة الأصيل فيما إذا لم يكفل الكفيل (بشرط براءة الأصيل) أما إذا كفل بذلك الشرط فلا يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل لأن هذه الكفالة حوالة. (أنظر

المادة ٦٤٨) (رد المحتار).

قد ذكر في هذه المادة أن الكفيل يبرأ من الكفالة بإبراء الأصيل من الدين أو هبته له كما يبرأ الأصيل لكن هذا الحكم إنما يجري فيما إذا لم يرد الأصيل ذلك الإبراء أو الهبة. ووفاة الأصيل قبل الرد في حكم القبول. أما إذا رد الأصيل الهبة فترد بناء على المادة (١٥٦٨) ولا يبرأ الأصيل من الدين. كما أنه لو رد الأصيل الابراء يرد بناء على المادة (١٥٦٨) ولا يبرأ من الدين. لكن قد اختلف الفقهاء في أن الكفيل هل يبرأ من الكفالة بذلك أو لا يبرأ فبعضهم قال ببراءة الكفيل ولا تأثير لرد الأصيل الابراء على الكفيل. وبعضهم ذهب إلى عدم براءته كالأصيل (الأنقروي في الفصل السادس ومجمع الأنهر ورد المحتار).

وقد اكتفى في موضع المجتهد في المسائل فخر الملة والدين قاضياً بذكر القول الأول فقط.

وليعلم أن الطالب إذا أبرأ الأصيل بعد وفاته من الدين أو وهبه له فعلى الإمام الثاني (أبي يوسف) يعود حق القبول والرد للإبراء والهبة إلى ورثة الأصيل وعلى رأي الإمام الثالث «الإمام محمد» إن الإبراء والهبة ينفذان وليس للورثة حق القبول أو الرد فيهما (رد المحتار).

الفصل الثاني

في البراءة من الكفالة بالنفس

مجمل هذا الفصل - تحصل البراءة من الكفالة بالنفس بثلاثة أشياء:

أولها - إبراء المكفول له الكفيل - المادة (٦٦٠).

ثانيها - تسليم المكفول به للطالب - المادة الآتية والمادة (٦٥٩).

ثالثها - وفاة المكفول به أو وفاة الكفيل - المادة (٦٦٦)، الهندية في الباب الثاني.

﴿المادة ٦٦٣﴾ لو سلم الكفيل المكفول به في محل تمكن فيه المخاصمة كالمصر أو القصبة إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء أقبل المكفول له أو لم يقبل ولكن لو شرط تسليمه في بلدة معينة لا يبرأ بتسليمه في بلدة أخرى ولو كفل على أن يسلمه في مجلس الحاكم وسلمه في الزقاق لا يبرأ من الكفالة ولكن لو سلمه بحضور ضابط يبرأ.

(١) لو سلم الكفيل أو كفيل الكفيل، (٢) أو وكيل الكفيل، (٣) أو رسول الكفيل المكفول به دفعة واحدة في محل تمكن فيه المخاصمة كالمصر أو القصبة إلى المكفول له يبرأ الكفيل من الكفالة سواء أكان المحل هو الذي وقع فيه عقد الكفالة أم لا وسواء أقال عند تسليمه المكفول به (إنني بريء من الكفالة لأنني قد سلمت المكفول به) أم لا.

أولاً - يبرأ الكفيل وكفيل الكفيل من الكفالة ما لم يوجد في الكفالة ألفاظ توجب إعادة لفظ التسليم كما مر إيضاحه في المثال الثالث من المادة (٦٣٦).

تسليم المكفول به - يكون بإحضاره إلى المكفول له بحيث لا يوجد مانع من قبضه إياه مع قوله له (إن شئت فاقبضه أو إن أردت فخذه).

ويستفاد من ذكر هذه الفقرة مقابلاً للفقرة الآتية بأن الكفالة المقصودة في هذه الفقرة هي الكفالة الواقعة على وجه الإطلاق أي التي لم يشرط فيها التسليم في محل معين.

وقد اختلف في الكفالة التي على هذه الصورة فقال الإمام الأعظم رحمه الله تعالى إن التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ليس بشرط ويجوز التسليم في مدينة أخرى تمكن المخاصمة فيها أما الإمامان رحمهما الله تعالى فقد اشترطا التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة ويفهم من إطلاق المجلة قبولها قول الإمام الأعظم «رد المحتار».

وقد جاء في المجلة «في محل تمكن فيه المخاصمة» لأن الكفيل لا يبرأ من الكفالة فيما لو سلم المكفول به في محل لا تمكن المخاصمة فيه كالقرية والمفازة والقفر وما شابه ذلك من المحال التي لا يوجد فيها حاكم.

وإذا وقع التسليم على ما جاء في هذه المادة برئ الكفيل من الكفالة ولو لم يقبل المكفول له بذلك.

لأن المكفول له إذا لم يقبل يعد قابضاً حكماً وذلك كما إذا رد الغاصب عين المغصوب إلى المغصوب منه والمدين الدين إلى دائنه ولم يقبلا فيعدان قابضين حكماً. لكن إذا شرط التسليم في بلدة معينة لزم بموجب المادة «٨٢» في تلك البلدة ولا يبرأ الكفيل بتسليمه في بلدة غيرها فيها حاكم مثلها فلو شرط التسليم في القدس مثلاً فلا يبرأ الكفيل بالتسليم في غزة «الهداية ومجمع الأنهر».

أما لو وقعت الكفالة في مصر ولم يشترط التسليم فيه أو في غيره لزم التسليم في المصر الذي وقعت فيه الكفالة كما ذهب إليه الإمامان آنفاً ولا يعتبر التسليم في مصر آخر «رد المحتار، الهندية» أما عند الإمام الأعظم فيعتبرالتسليم في غيره أيضاً كما قلنا وقد قبلت المجلة كما ذكرنا قول الإمام الأعظم بإتيانها على الفقرة المذكورة آنفاً مطلقة. وقولهما أوجه كما في الفتح وقيل إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وبيانه في الزيلعي ورد المحتار.

ولو كفل على أن يسلمه في مجلس الحاكم في البلدة الفلانية لزم تسليمه في المجلس المذكور ولا يبرأ من الكفالة بتسليمه في إحدى أزقة تلك المدينة أو في سوقها لأن هذا الشرط مفيد بسبب أغلبية الفسق في الناس إذ قلما من يجد منهم من نفسه زاجراً يزجره عن إتيان ما يجرؤ به المدين من الإمتناع عن حضور مجلس الحاكم «رد المحتار».

لكن إذا شرط التسليم في مجلس الحاكم وسلمه إلى الحاكم المومى إليه وهو محبوس في حبس ضابط تلك البلدة وآمرها برئ الكفيل من الكفالة سواء أكان حبس المكفول به بسبب المكفول له أم لا. كذلك يبرأ لو سلمه في حضور الضابط. أو لو اشترط التسليم في حضور الوالي، سلم في حضور الحاكم أو لو شرط تسليمه في حضور الحاكم وسلمه في حضور الوالي برئ.

أما لو سلمه وهو في حبس حاكم بلدة أخرى فلا يصح (الدر المختار).

كذلك لو شرط تسليمه في حضور الحاكم الفلاني وفصل ذلك الحاكم بعدئذٍ عن وظيفته وسلمه في حضور خلفه برئ «الهندية».

كذلك لو شرط التسليم في حضور الوالي الفلاني وسلمه بسبب انفصاله عن الولاية إلى خلفه برئ الكفيل من الكفالة. «البزازية في الثالث».

وفي المسلم أي الذي يسلم المكفول عنه إلى المكفول له خمسة احتمالات:

«١» الكفيل، «٢» وكيل الكفيل، «٣» رسول الكفيل، «٤» رسول الكفيل المرسل إلى جهة أخرى، «٥» الأجنبي وفيما يلي توضيح هذه الإحتمالات:

تسليم الوكيل: إن لفظ الكفيل في هذه المادة لم يقصد به الإحتراز لأنه لو سلم وكيل الكفيل المكفول به مع بيان كونه بحكم كفالة موكله أو جهتها برئ الكفيل من الكفالة أما إذا سلمه ولم يبين تسليمه على هذا الوجه فلا يبرأ «التنوير وشروحه».

وعلى ذلك فلو تعدد الكفلاء لزم الوكيل أن يبين عن أي واحد من الكفلاء أراد وإن لم يفعل فلا يبرأ الكفيل من الكفالة «الهندية في الثالث».

تسليم الرسول: يبرأ الكفيل من الكفالة بتسليم الرسول «الذي أرسل إلى المكفول له» بالمكفول به بحكم الكفالة أو من جهة الكفيل (بأن يدفع الكفيل المطلوب إلى رجل يسلمه إلى الطالب على وجه الرسالة فيقول الرجل ان الكفيل أرسل معي هذا لأسلمه إليك (رد المحتار). أما إذا لم يبين الرسول في هذه المسألة ان تسليمه بحكم الكفالة فيجري الحكم في ذلك على ما جاء في فقرة لو سلم الكفيل... الخ) أيضاً.

تسليم الرسول المرسل لغير المكفول به وتسليم الأجنبي:

لا يبرأ الكفيل من الكفالة لو سلم رسول المرسل من طرفه لغير تسليم المكفول به أو أجنبي ولو قالا بحكم الكفالة ما لم يقبل المكفول له. والسكوت هنا لا يعد قبولاً (رد المحتار، ومجمع الأنهر) (أنظر المادة ٦٧).

مسألة أولى - لو وكل أحد آخر لأخذ كفيل بنفس مدينه وأخذ الوكيل الكفيل على هذا الوجه ينظر فإذا أضاف الكفالة لنفسه فللوكيل الحق في مطالبة الكفيل بالمكفول به حتى أن الكفيل في هذه الحال لو سلم المكفول به للوكيل يبرأ. وإذا أضافها إلى موكله فحق المطالبة للموكل. ولو سلم الكفيل في هذه الصورة المكفول به إلى الوكيل لا يبرأ. لكن في الصورتين لو سلمه إلى الموكل برئ (الهندية في المحل المذكور).

مسألة ثانية - إذا تعدد الكفلاء بنفس أحد ينظر فإن كان كل منهم قد كفل بمفرده فلا يبرأ جميعهم بتسليم أحدهم المكفول به أما إذا كانوا كفلاء معاً فيبرأون «الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث».

مسألة ثالثة - إذا أوفى الكفيل بالنفس الطالب دين المكفول به على أن يبرئه من الكفالة

صحت البراءة وجازت وبرئ الكفيل من الكفالة بالنفس (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث).

أما لو أدى الشخص المكفول به إلى المكفول له طلبته فلا يبرأ الكفيل بالنفس من الكفالة وذلك إذا كان للمكفول له شيء آخر يدعيه على المكفول به (الهندية في المحل المذكور) كما مر في شرح المادة (٦٦٢).

لكن لو صالح الكفيل بالنفس المكفول له على مال بشرط أن يبرأ من الكفالة النفسية صح الصلح وبرئ الكفيل من الكفالة وإن لم يلزم المال أيضاً. (الهندية في المحل المزبور).

لاحقة - في أخذ الحاكم في أثناء الدعوى كفيلاً بالنفس على المدعى عليه إذا اخذ الحاكم كفيلاً بنفس على المدعى عليه سواء اكان ذلك بطلب المدعي أو بدون طلبه وسلم الكفيل المدعى عليه للحاكم أو لرسوله برئ من الكفالة أما لو سلمه للمدعي فلا يبرأ ما لم يكن قد أضاف الحاكم الكفالة إلى المدعي فيبرأ الكفيل حينئذٍ بتسليمه للمدعي ولا يبرأ إذا سلمه إلى الحاكم. أنظر المسألة الأولى.

﴿المادة ٦٦٤﴾ يبرأ الكفيل بمجرد تسليم المكفول به بطلب الطالب وأما لو سلمه بدون طلب الطالب فلا يبرأ ما لم يقل سلمته بحكم الكفالة.

أي سواء أقال سلمته بحكم الكفالة أم لم يقل. لأن موجب الكفالة ومقتضاها قد حصلا ويبرأ بالتسليم مرة واحدة ولا يطالب بالتسليم مرة أخرى إلا إذا وجد في الكفالة عبارة تقتضي تكرار التسليم. أنظر شرح المادة (٦٣٦).

أما لو سلم المكفول به بدون طلب الطالب ولم يقل سلمته بحكم الكفالة أو سلمته من جهتها فلا يبرأ الكفيل من الكفالة (الدر المختار) لأنه يحتمل وقوع التسليم لجهة أخرى.

﴿المادة ٦٦٥﴾ لو كفل على أن يسلمه في اليوم الفلاني وسلمه قبل ذلك اليوم يبرأ من الكفالة وإن لم يقبل المكفول له.

أي أنه لو سلمه قبل اليوم المعين على ما جاء في المادة(٦٦٣) برئ ولا يطالب مرة أخرى لأن الأجل حق للكفيل فله أن يسقط الأجل بالتسليم قبل حلوله كذلك يجبر الدائن على قبض الدين إذا أداه إليه المدين قبل حلول الأجل (رد المحتار).

والحكم في الكفالة التي تقع بقوله «أي كفيل بنفس فلان لمدة شهر» أي أنه لو سلم الكفيل المكفول به قبل انتهاء الشهر إلى المكفول له برئ الكفيل من الكفالة وإن لم يقبل المكفول له بالإستلام.

كذلك يكون الحكم على هذا المنوال فيما لو كفل أحد بنفس آخر على أن يسلمه عند طلب

الطالب وسلمه قبل ذلك لأن حكم الكفالة وجوب التسليم وهو ثابت في الحال (الأنقروي في الفصل الخامس)

﴿المادة ٦٦٦﴾ لو مات المكفول به فكما يبرأ الكفيل يبرأ كفيل الكفيل كذلك لو توفي الكفيل فكما يبرأ هو من الكفالة كذلك يبرأ كفيله أيضاً ولكن لا يبرأ الكفيل من الكفالة بوفاة المكفول له ويطالب وارثه.

لأنه إذا توفي المكفول به امتنع على الكفيل احضاره وكان عجزه عن ذلك عجزاً مستمراً أما الكفالة فلا تبطل لعدم اقتدار الكفيل على إحضار المكفول به لعدم معرفته محله. بل يجب إيقاف المطالبة إلى أن يقف على مكانه.

وأما حق المكفول له فلا يسقط بوفاة المكفول به وحقه أن يستوفي مطلوبه من تركة المتوفي.

كذلك إذا توفي الكفيل بالنفس فكما يبرأ هو من الكفالة بسقوط الإقتدار على تسليم المكفول به كذلك يبرأ وارثه مع كفيله إن كان له كفيل (الدر المختار، ورد المحتار) ولا يلزم شيء من تركة الكفيل المذكور لأنه لما كان المكفول به نفساً فلا يجوز إعطاؤه مالاً بدلاً من النفس (الدر) لكن لا تبطل الكفالة بالمال بوفاة الكفيل وتراجع تركته كما هو مصرح في المادة (٦٧٩) (رد المحتار)

أما لو توفي المكفول له فلا يبرأ الكفيل من الكفالة ولوصي الميت أو وارثه أن يطالب بإحضاره على الوجه المشروح. وعلى هذا التقدير لو سلم الكفيل المكفول به إلى أحد الورثة أو أحد الأوصياء فللباقين حق المطالبة ولهم أن يطالبوا بتسليم المكفول به لهم على حدة لأنه وإن صح أن يكون أحد الورثة على ما جاء في مادة (١٦٤٢) خصماً في الدعاوى التي للمتوفي والدعاوى التي عليه فلذلك الوارث قبض حصته فقط وليس له قبض حصة غيره من الورثة لذلك إذا سلم المكفول به لأحد الورثة فلا يسقط حق تسلم الآخرين (رد المحتار).

كذلك لو كفل أحد بنفس آخر بشخصين وسلم ذلك الشخص المكفول به لأحدهما بريء من الكفالة تجاه ذلك الشخص فقط أما الشخص الثاني فله أن يطالب الكفيل بإحضار المكفول به على حدة (الأنقروي قبل الفصل السابع).



الفصل الثالث

في البراءة من الكفالة بالمال

﴿المادة ٦٦٧﴾ لو توفي الدائن وكانت الوراثة منحصرة في المدين يبرأ الكفيل من الكفالة وإن كان للدائن وارث آخر يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر.

أي يبرأ الكفيل من الكفالة المالية لو توفي الدائن وانحصر إرثه الشرعي في مدينه ولا يوجد من له دين على الميت كما برئ المدين من الدين أنظر المادة (٦٦٢).

حتى أنه لو توفي المدين يعد مفلساً فليس لغرماء الدائن مؤاخذة الكفيل لأن المدين لما اصبح مالكاً لما في ذمة الدائن برئ من الدين وبراءة الأصيل موجبة براءة الكفيل (البهجة فيما تقع به البراءة وفيما لا تقع).

وإن كان للدائن وارث آخر غير المدين هذا يبرأ الكفيل من حصة المدين فقط كما يبرأ هو منها ولا يبرأ من حصة الوارث الآخر.

مثلاً لو كفل أحد لآخر ماله من الدين على ابنه وتوفي ذلك الشخص وانحصرت تركته في ابنه برئ الكفيل من الكفالة كما برئ الابن من الدين.

أما إذا كان للميت ابن ثان فيبرأ الكفيل من نصف الدين كما برئ الابن منه وللابن الثاني طلب النصف الآخر من الكفيل (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث).

كذلك لو كفل أحد لامرأة مهرها البالغ قدره ألف قرش وتوفيت عن زوجها وأخ برئ الكفيل من حصة الزوج وضمن حصة الأخ فقط.

جاء في المجلة (إذا كان المدين وارثاً) وفيما يلي ستوضح مسألة صيرورة الكفيل وارثاً: إذا توفي الدائن وانحصر إرثه في الكفيل برئ الكفيل على كل حال أنظر البحث في الكفالة في الدين المشترك في شرح المادة (٦٤٦) وعلى ذلك فلو كانت الكفالة بدون أمر الأصيل برئ الأصيل أيضاً. لأنه لما مات الطالب صار ذلك المال ميراثاً لورثته ولو ملك الكفيل المال في حال الحياة بالقضاء أو بالهبة يرجع على المكفول عنه ان كانت الكفالة بأمره وإن كانت بغير أمره لا يرجع على المكفول عنه وكذا إذا ملك الكفيل المال بالإرث (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث).

أما إذا كانت الكفالة بأمر الأصيل فلا يبرأ فيكون مديناً للكفيل ويبقى الدين في ذمته وللكفيل الرجوع عليه به.

كذلك لو وهب المكفول له الدين إلى الكفيل إذا كان غنياً أو تصدق عليه به إذا كان فقيراً وقبل الكفيل الهبة أو الصدقة صحت وبرئ الكفيل من الكفالة وللكفيل الرجوع بالدين المذكور على الأصيل وذلك إذا كانت الكفالة بأمره (رد المحتار في تعريف الكفالة وفي موضعين آخرين من الكفالة).

حتى أنه لو كفل أحد ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري وبعدئذ وهب البائع الثمن المذكور إلى الكفيل وبعد أن قبضه الكفيل من المشتري رد المشتري المبيع بعيب قديم إلى البائع فللمشتري استرداد ثمن المبيع من البائع ولا دخل للبائع ولا للمشتري في الثمن الذي قبضه الكفيل مطلقاً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الرابع) وعقد الكفالة في حكم التسليط على القبض المبين في المادة (٨٤٨) (رد المحتار).

﴿المادة ٦٦٨﴾ لو صالح الكفيل أو الأصيل الدائن على مقدار من الدين يبرآن إن اشترطت براءتهما أو براءة الأصيل فقط أو لم يشترط شيء وإن اشترطت براءة الكفيل فقط يبرأ الكفيل فقط ويكون الطالب مخيراً إن شاء أخذ مجموع دينه من الأصيل وإن شاء أخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من الأصيل.

لو صالح الكفيل أو الأصيل الدائن على مقدار من الدين فلا يخلو من أربع صور اما أن يشترط براءتهما أي براءة الأصيل والكفيل أو براءة الأصيل فقط أو لا يشترط شيئاً مطلقاً ففي صورتين من هذه الثلاث يبرأ الأصيل والكفيل معاً مما زاد على بدل الصلح من الدين وليس لأحدهما بعد الرجوع عن الصلح (أنظر المادة ١٥٥٢). لأن المصالح سواء أكان الكفيل أو الأصيل لو أضاف الصلح إلى مجموع الدين وذلك الدين هو الواجب على الأصيل تجب براءته فيما عدا بدل الصلح وبراءة الأصيل توجب براءة الكفيل (الدرر).

وإذا صالح الأصيل الدائن على مقدار من الدين على هذا الوجه برئ الكفيل عن غير بدل الصلح ولا يبرأ عن الكل ويكون الطالب حينئذ مخيراً فإن شاء طالب الأصيل به وإن شاء طالب الكفيل وإذا استوفى ذلك البدل من أيهما برئ الإثنان معاً بمقتضى المادة (٦٥٩) والبراءة عن بدل الصلح تكون بالتأدية والبراءة عن باقي الدين تكون بالصلح.

أما الصورة الرابعة فهي إن اشترطت براءة الكفيل فقط فبما أن هذا الصلح عبارة عن فسخ الكفالة عن قسم من الدين برئ الكفيل فقط عما فصل عن بدل الصلح بمقتضى المادة (٦٦١) بعقد الصلح. وبما أنه لا يبرأ الأصيل في هذه الحال فالطالب مخير بين أن يطالب الأصيل بمجموع الدين أو يطالب الكفيل ببدل الصلح ويرجع على الأصيل بالباقي. وهذه الصورة الرابعة هي فسخ

للكفالة عن قسم من الدين وليست بإسقاط دين الأصيل وليس الغرض من هذه الصورة أخذ الدائن بدل الصلح في مقابل إبراء الكفيل من الكفالة وإنما هو أن يحسب ما يؤخذ من الكفيل مما هو على الأصيل على أن يستوفي الباقي من الأصيل. وإذا استوفى الدائن مجموع الدين من الأصيل فلا يأخذ شيئاً بعد من الكفيل لأنه يكون قد أخذ زيادة عما يستحقه عليه.

وإذا أوفى الكفيل الدائن في هذه الصورة الرابعة بدل الصلح أصبح الكفيل بريئاً من كل الدين عن بدل الصلح بوفائه وعن الباقي بعقد الصلح. لأن الصلح عن بعض الدين هو عبارة عن الإبراء ببعض الحق وأخذ البعض الآخر وعلى ذلك فلو أخذ الطالب بعض حقه وأبرأ عن البعض الآخر سقطت مطالبة الكفيل البتة، وبراءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل (رد المحتار).

وإذا أدى الكفيل بدل الصلح في هذه الصور الأربع وكانت الكفالة بأمر المكفول عنه فللكفيل الرجوع عليه به وإلا فليس له ذلك، (رد المحتار، ومجمع الأنهر، وعلي أفندي) أنظر المادة ٦٥٧وشرحها .

جاء في المجلة (على مقدار من الدين. . .) لأنه لو صالح الكفيل على جنس آخر فحكمه كما مر في المادة (٦٥٧) فلو كان الدين مائة مجيدي ولم يصالح الأصيل الدائن على خمسين مجيدياً بل صالحه على جنس آخر برئ الكفيل من الكفالة، (الأنقروي في الفصل السادس) لأن الأصيل حينئذ بمصالحته الدائن على جنس آخر يكون قد باع منه المال المصالح عليه بما في ذمته له من الدين وأعطاه إياه. ويبرأ الكفيل ببراءة الأصيل كما قد جاء بيانه في الحكم الثالث من شرح المادة (٦٥٩) وأشير إليه.

والصلح في المجلة خاص بالصلح على المال المكفول به. ولكن لو صالح الكفيل بالمال الدائن على بدل معلوم على أن يبرأ عن المطالبة بالدين التي توجبها الكفالة برئ الكفيل فقط أما الأصيل فلا لأن الإبراء عن الكفالة في هذه الصورة عبارة عن فسخ الكفالة فقط وليس بإسقاط الأصيل الدين. ويفهم من ظاهر هذا القول أن بدل الصلح لازم أيضاً. . والحال أنه لو صالح الكفيل بكفالة نفسية المكفول له على مقدار من المال على أن يبرأ عن موجب الكفالة تسقط الكفالة بالنفس على القول المفتى به لأن بدل الصلح الوارد في متن المجلة هو للإبراء من المال الباقي من المكفول به.

وأما بدل الصلح الوارد في الشرح فهو للإبراء من الكفالة (الدر المختار ورد المحتار).

﴿المادة ٦٦٩﴾ لو أحال الكفيل المكفول له على أحد وقبل المكفول له والمحال عليه يبرأ الكفيل والمكفول عنه أيضاً.

وقد مر في شرح المادة(٦٦٠) مسائل هبة الدائن الدين للكفيل أو تصدقه به عليه. وبراءة الأصيل أيضاً عن الدين من ذلك القبيل لأن الدين على الأصيل، أما الحوالة فبما أنها تقع على أصل

الدين فتتضمن براءة الإثنين (رد المحتار في الكفالة) «أنظر المادتين ٦٨٩و٦٩٠».

مثلاً لو كفل شخص ما عن آخر ثمن المبيع وأحال الكفيل المذكور المكفول له على آخر بالمبلغ المذكور وقبل المحال والمحال عليه الحوالة فكما يبرأ الكفيل يبرأ المكفول عنه أيضاً وليس للبائع بعد ذلك أن يطالب المدين بالثمن المذكور (الهندية في الباب الثاني في الفصل الثالث في الكفالة وقبيل كتاب القاضي)

أما لو اشترط الكفيل في هذه الحال براءة نفسه فإنما يبرأ هو فقط دون الأصيل فالمكفول له في هذه الحال إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب المحال عليه. وما لم يتلف المحال به عند المحال عليه فليس للطالب مطالبة الكفيل بعدئذ. (الهندية في الحوالة).

وإذا برئ الكفيل مع الأصيل بالإحالة على ما جاء في هذه المادة وتوفي المحال عليه مفلساً ولم يتمكن استيفاء المحال به فيعود الدين على الأصيل وبذلك ترجع كفالة الكفيل أيضاً وحينئذ للطالب أن يطالب الأصيل بدينه أو يطالب الكفيل (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

وقول المجلة (لو أحال الكفيل.. الخ) ليس بقيد احترازي لأنه:

أولاً، لو قبل أحد الحوالة على نفسه بالمال المكفول به تبرعاً برئ الأصيل والكفيل عنه معاً. أما لو قبل الحوالة على أن يبرأ الكفيل فقط يبرأ الكفيل حينئذ فقط دون الأصيل «الهندية في المحل المزبور)

ثانيا، لو أحال الأصيل المكفول له على أحد برئ الأصيل والكفيل أنظر المادة(٦٩٠).

كذلك لو كان المحال عليه تجاه المكفول له هو الأصيل برئ الكفيل أيضاً. مثلاً لو أحال الطالب دائنه على الأصيل- المدين- حوالة مقيدة برئ الكفيل من الكفالة عن دين المحيل وللمحال له مطالبة الأصيل فقط لأن الأصيل يكون محالاً عليه. وليس له أن يطالب الكفيل لأن الكفيل لم يكفل له.

مثلاً لو أحال أحد دائنه على مدينه بالمبلغ الذي كفله آخر حوالة مقيدة وقبل المحال له والمحال عليه الحوالة برئ الكفيل من الكفالة براءة مؤقتة. حتى انه ليس للشخص المحال له أن يطالب الكفيل بالمبلغ المذكور بناء على الكفالة السابقة (التنقيح قبيل القضاء) كذلك يبرأ الأصيل على هذا التقدير من مطالبته أيضاً. أنظر المادة (٦٩٢).

أما لو أحال الطالب على الكفيل حوالة مقيدة برئ الكفيل بمقتضى المادة(٦٩٢) من مطالبة الطالب وانتقل حق مطالبته إلى المحال له. وللطالب أن يطالب المكفول عنه وللكفيل أن يأخذ المكفول عنه حتى يخلصه من الحوالة. (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

كذلك لو كان على اثنين ألف قرش دين مشترك مكفول به وأحال أحد المدينين الدائن على آخر بالدين برئ المحيل من دينه إصالة كما يبرأ الكفيل عما يصيبه من الدين أي عن دين المحيل

فقط. أما الذي لم يحل وان برئ من الكفالة فلا يبرأ من الأصالة ولذلك فالمكفول له مخير إن شاء أخذ الألف من المحال عليه وإن شاء أخذ منه خمسمائة قرش فقط وأخذ الباقي ممن لم يحل وليس له أن يطالب هذا بأكثر من خمسمائة، (الهندية في الباب الثاني من الحوالة).

﴿المادة ٦٧٠﴾ لو مات الكفيل بالمال يطالب بالمال المكفول به من تركته.

ويبرأ الكفيل بالمال من الكفالة بموته فيكون مطالباً بالمال المكفول به من تركته إن كانت له تركة لأن الكفالة المالية لا تبطل كالنفسية بوفاة الكفيل لأن وفاء حكم الكفالة بعد وفاة الكفيل ممكن وعلى ذلك فلو استوفى الدائن دينه من تركة الكفيل فلورثة الكفيل الرجوع بعدئذ على المكفول عنه به إذا كانت الكفالة بالأمر أما إذا لم توجد تركة للكفيل فلا تجبر الورثة على أداء الدين من مالهم. (الهندية في الباب الأول من الكفالة) لأنه لا يجبر أحد على اداء دين آخر ما لم يوجد سبب شرعي كالكفالة والحوالة.

مثلاً ليس لأحد أن يطالب وارث المتوفي بتأدية ما له على المتوفي من الدين من مال بمجرد كونه وارثاً إذا لم يقبض شيئاً من تركة الميت.

وإذا كفل أحد بما على آخر من الدين المؤجل بأمره وبطل الأجل في حق الكفيل بوفاته واستوفى المكفول به من تركته فليس للورثة الرجوع على الأصيل به قبل حلول الأجل (رد المحتار في الكفالة).

وبما أن القسم الأول في الكفالة بالدرك كفالة بالمال فيجري فيها حكم هذه المادة أيضاً. (الهندية في مسائل شتى).

إذا توفي الكفيل ولتركته غريم فإن شاء الطالب دخل في التركة غرامة ويستوفي المقدار الباقي من الأصيل أو من تركته إذا كان متوصياً (الهندية في الباب الثاني في الفصل الخامس).

﴿المادة ٦٧١﴾ الكفيل بثمن المبيع إذا انفسخ البيع أو استحق المبيع أو رد بعيب يبرأ من الكفالة.

أي **أولاً**: إذا انفسخ أو اقيل. **ثانياً**: إذا ضبط المبيع بالإستحقاق، **ثالثاً**: وإذا رد المبيع بخيار الرؤية، **رابعاً**: إذا رد بخيار الشرط، **خامساً**: إذا رد بخيار العيب، **وسادساً**: إذا رد بظهور فساد في البيع.

فبما أن الثمن في هذه الصور الست في العقد قد تحقق أنه غير ملزم فيكون قد برئ الكفيل من الكفالة. وليس للبائع. بعد أن يطلب ثمن المبيع من الأصيل أو من الكفيل. ولا فرق بين أن يكون الرد بخيار العيب بحكم الحاكم أو بلا حكم الحاكم.

ثانياً لو أحال البائع دائنه على ثمن المبيع الذي في ذمة المشتري على الوجه المذكور في المادة (٦٩٣) وبعد أن كفل للمحال بالثمن المذكور وضبط المبيع بالإستحقاق برئ الكفيل من الكفالة أيضاً.

أما إذا لم يضبط المبيع بالإستحقاق في هذه الصورة الثامنة ورد بخيار العيب أو خيار الشرط أو خيار الرؤية أو تلف المبيع قبل التسليم فلا يبرأ الكفيل من الكفالة.

قال في رد المحتار في موضع «وقالوا لو استحق المبيع برئ الكفيل بالثمن. ولو كانت الكفالة لغريم البائع» لو رد عليه بعيب بقضاء أو بغيره أو بخيار رؤية أو شرط برئ الكفيل إلا أن تكون الكفالة لغريم فلا يبرأ والفرق بينهما فيما يظهر إنه مع الإستحقاق تبين أن الثمن غير واجب على المشتري وفي الرد بعيب ونحوه وجد المسقط بعدما تعلق الغريم به فلا يسري عليه وقال في موضع آخر لو كفل عن رجل بالثمن فاستحق المبيع من يد المشتري أو رده بعيب ولو بلا قضاء أو بإقالة أو بخيار رؤية أو بفساد البيع برئ الكفيل وكذا لو بطل المهر أو بعضه عن الزوج بوجه برئ مما بطل عن الزوج أو ضمن المشتري الثمن لتبرع البائع فاستحق المبيع من يد المشتري بطلت الكفالة أيضاً وكذلك الحوالة أما لو رده المشتري بعيب أو بلا قضاء لم يبرأ الكفيل ويرجع به على البايع وكذا لو هلك المبيع قبل التسليم أو ضمن الزوج من المرأة لغريمها ثم وقعت بينهما فرقة من قبله أو من قبلها لم يبطل الضمان. انتهى.

﴿المادة ٦٧٢﴾ لو استؤجر مال إلى تمام مدة معلومة وكفل أحد بدل الإجارة التي سميت تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الإجارة فإن انعقدت إجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال لا تكون تلك الكفالة شاملة لهذا العقد.

إذا كفل أحد ديناً لازماً بسبب عقد وفسخ العقد بعدئذ أو انفسخ وجدد العقد بعدئذ فلا يطالب الكفيل الأول بالدين اللازم بسبب هذا العقد الجديد. ويتفرع عن هذا مسائل عديدة:

أولاً ـ لو استؤجر مال إلى تمام مدة معلومة ببدل معلوم وكفل أحد ببدل الإجارة التي سميت صحت الكفالة سواء أكانت الأجرة معجلة أم مؤجلة وطولب الكفيل بالبدل المذكور. لأن الأجرة تكون صحيحة بناء على المادة(٤٦٦) وإن كانت لا تجب بالعقد المطلق فإذا وجد السبب الذي يستلزم الأجرة وأوقفت الكفالة تكون صحيحة. لكن تنتهي كفالته عند انقضاء مدة الإجارة وقت أن يفسخ الطرفان الإجارة أو يتقايلاها فإن انعقدت بتسمية بدل معلوم إجارة جديدة بعد ذلك على ذلك المال فلا تكون شاملة لهذا العقد الذي وقع مؤخراً (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

ولا شبهة في أن الكفيل يطالب ببدل الإجارة التي وقعت مؤخراً إذا كفل بها.

ثانياً- لو كفل شخص بقرض في ذمة أحد لآخر وبعد أن أدى المدين دينه إلى الدائن

استقرض منه مبلغاً آخر فلا يطالب الكفيل بالقرض الثاني بناء على أنه كفيل للقرض الأول (الفيضية).

ثالثاً- إذا عقدت الإجارة على الوجه الوارد في المادة(٤٩٤) بين اثنين وأعطى المستأجر كفيلاً ببدل الإجارة لزم الكفيل بدل إجارة المدة التي تلزم المستأجر وبعبارة أخرى يلزم الكفيل أجرة الشهور الآتية بانعقاد الإجارة فيها (ولو الجية).

لكن للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة في غرة الشهر. لأنه لما كان سبب الأجرة في إجارة كهذه يتجدد بتجدد العقد في كل شهر فللكفيل الرجوع عن الكفالة المستقبلة، (الهندية في مسائل شتى من الكفالة).

وإذا أخرج الكفيل نفسه على الوجه المذكور فلا يلزمه بدل الإجارة الذي يحدث فيها بعد.

أما إذا توفي الكفيل في الإجارة التي تقع على هذا الوجه فلا تبطل الكفالة. حتى أنه إذا توفي ولم يخرج نفسه من الكفالة على تلك الصورة وبقي المستأجر ساكناً بعد ذلك مدة يستوفى من تركة الكفيل ما يلزم المستأجر من بدل الإجارة «وليس للكفيل بالأجر ان يأخذ من المستأجر قبل أن يؤدي الأجر فإذا أدى الكفيل كان له أن يرجع بذلك على المستأجر إن كانت الكفالة بأمره (الهندية في المحل المزبور)

رابعاً- لو استوفى الدائن مقداراً من دينه المؤجل بعد أن كفل له به كفيل وعند حلول الأجل جدد الدائن على القسم الباقي مع ضم الربح في سند جديد فلا يطالب الكفيل السابق بالدين الثاني لأن العقد الأول انفسخ بفسخ القرض وتجديد العقد (التنقيح في الكفالة).

أما على تقدير أن القرض الأول لا يفسخ واكتفى بتجديد السند فظاهر عبارة الحامدية أن الدين يتغير بتجديد السند وعلى ذلك فتكون المداينة الأولى منفسخة فيبرأ الكفيل من الكفالة.

لكن صاحب التنقيح لم يقبل القول بانفساخ المداينة الأولى بتجديد السند ويقول ببقاء كفالة الكفيل كالأول والظاهر هو هذا. لأن تجديد السند ليس تجديداً للمداينة بل توثيق لها.



فهرس

(فهرس كتاب البيوع)

(فهرس كتاب الأجارة)

(فهرس كتاب الكفالة)